



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
LAILA MEDINA
föredraget den 3 februari 2022¹

Mål C-436/20

Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (ASADE)
mot
Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Överdomstolen i regionen Valencia, Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande – Offentlig upphandling – Artiklarna 49 och 56 FEUF – Etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster – Ekonomisk verksamhet – Direktiv 2014/24/EU – Artiklarna 1.2, 2.1 och 4 d – Villkor för tillämplighet – Artiklarna 20.1 och 77 – Reserverade kontrakt – Artiklarna 74–76 och bilaga XIV – Tillhandahållande av sociala tjänster – Offentlig upphandling på området sociala tjänster – Förenklade regler – Avtal om samordnat agerande för att tillhandahålla sådana tjänster – Undantag för enheter med vinstsyfte – Principerna om öppenhet, likställighet och proportionalitet – Villkor för anbud – Geografisk begränsning – Direktiv 2006/123/EG – Materiellt tillämpningsområde – Artikel 2.2 j – Undantag för sociala tjänster”

Innehållsförteckning

I.	Tillämpliga bestämmelser	4
A.	Unionsrätt	4
1.	Direktiv 2014/24	4
2.	Tjänstedirektivet	6
B.	Spansk rätt	7
II.	De faktiska omständigheterna, förfarandet och tolkningsfrågorna	7
III.	Bedömning	10

¹ Originalspråk: engelska.

A. Inledande synpunkter	10
B. Den första och den andra frågan	11
1. Ifrågavarande sociala tjänsters beskaffenhet	12
2. Villkoren för tillämpningen av direktiv 2014/24	16
a) Begreppet ”upphandling”	16
b) Kännetecknen för ett offentligt kontrakt	18
1) Ett kontrakt som ingåtts med ekonomiska villkor	18
2) Ett kontrakt mellan en ekonomisk aktör och en eller flera upphandlande myndigheter	20
3) Ett kontrakt för tillhandahållande av tjänster	20
c) Kriterierna för tröskelvärdet	21
3. Reserverade kontrakt och de förenklade reglerna enligt direktiv 2014/24	22
a) Reserverade kontrakt	23
1) Reserverade kontrakt enligt artikel 20 i direktiv 2014/24	23
2) Reserverade kontrakt enligt artikel 77 i direktiv 2014/24	24
b) Reglerna enligt artiklarna 75 och 76 i direktiv 2014/24	26
4. Etableringsfrihet	28
C. Den tredje frågan	30
1. Ifrågavarande urvalskriteriums förenlighet med direktiv 2014/24	30
2. Urvalskriteriets förenlighet med tjänstedirektivet	31
3. Urvalskriteriets förenlighet med de grundläggande friheterna	32
IV. Förslag till avgörande	34
1. Asociación Estatal de Entidades de Servicios de Atención a Domicilio (statlig sammanslutning av hemtjänstleverantörer, nedan kallad ASADE, Spanien) är en branschorganisation för privata företag. Den har vid den hänskjutande domstolen – Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Överdomstolen i regionen Valencia, Spanien) – begärt ogiltigförklaring	

av dekret 181/2017² som antagits av Comunitat Valenciana (autonoma regionen Valencia, Spanien) till den del som detta dekret hindrar enheter med vinstsyfte att ingå ”avtal om samordnat agerande” med offentliga myndigheter.³

2. Enligt dessa avtal uppdrar de offentliga myndigheterna ombesörjandet av vissa sociala tjänster till organisationer med sociala verksamhetsmål. De är därvid inte skyldiga att tillämpa det förfarande som fastställs i unionens lagstiftning om offentlig upphandling. På grund av dekret 181/2017 får emellertid endast privata organisationer utan vinstsyfte ingå dessa avtal för att tillhandahålla sociala tjänster, som kan innefatta stöd till barn, tonåringar, unga människor, äldre, personer med funktionshinder, migranter, kvinnor i utsatta situationer, HBTI-personer⁴ och romska befolkningsgrupper (nedan kallade tjänsterna i fråga).⁵

3. Det är i detta sammanhang som domstolen i huvudsak ombeds att klarlägga huruvida unionsrätten och i synnerhet artiklarna 49 och 56 FEUF, artiklarna 74, 76 och 77 i direktiv 2014/24/EU⁶ och artikel 15.2 i direktiv 2006/123/EG⁷ (nedan kallat tjänstedirektivet) utgör hinder för nationell lagstiftning som utesluter organisationer med vinstsyfte från att ingå avtal om samordnat agerande med offentliga myndigheter för att tillhandahålla sociala tjänster medan den tillåter organisationer utan vinstsyfte att ingå sådana avtal.

4. Ämnets komplexitet och tillämpliga reglers tekniska karaktär som uppkommer i olika unionsrättsliga lagstiftningsakter ska inte dölja den tveklösa betydelsen av denna fråga, eftersom domstolen har ombetts att fastställa förhållandet mellan ekonomisk verksamhet och sociala frågor och även förhållandet mellan unionsrätt och nationell rätt.

5. I detta avseende är det värt att citera generaladvokaten Tesauro, som för mer än 20 år sedan betonade förhållandet att sektorn för social trygghet inte ”utgör en liten ö som är oemottaglig för inverkan från [EU-]rätten”.⁸ Detta var riktigt då och det är i ännu högre grad riktigt nu. Medan medlemsstaterna förblir självständiga i fråga om organisationen av deras system för social trygghet hindrar inte denna självständighet tillämpningen av grundläggande friheter som fastställs i fördragen,⁹ av vilka regler om offentlig upphandling utgör en väsentlig del.¹⁰

² Decreto 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social (Dekret 181/2017 av den 17 november 2017 utfärdat av regionrådet i regionen Valencia om genomförande av samordnat agerande för tillhandahållande av sociala organisationers samhällstjänster inom regionen Valencia (DOGV nr 8197 av den 23 december 2017, s. 48245) (nedan kallat dekret 181/2017).

³ Den nationella lagstiftningen använder uttrycket ”acuerdos de acción concertada”. Se som exempel artiklarna 44bis, 53 och 56 och avdelning VI i Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana (lag 5/1997 av den 25 juni 1997 gällande systemet för sociala tjänster i regionen Valencia) (BOE nr 192 av den 12 augusti 1997, s. 24405), ändrad genom Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (lag 13/2016 av den 29 december 2016 om åtgärder med avseende på skatter, administrativ och finansiell drift och organisation av regeringen i regionen Valencia) (BOE nr 34 av den 9 februari 2017, s. 8694), (nedan kallad lag 5/1997).

⁴ Homosexuella, bisexuella, transsexuella och intersexuella personer.

⁵ Denna förteckning återfanns inte i begäran om förhandsavgörande som hänsköts till domstolen. I sina skriftliga yttranden har kommissionen försett domstolen med länken till offentliggörandet av dekret 181/2017 (se https://www.dogv.gva.es/datos/2017/12/23/pdf/2017_11941.pdf). Artikel 6.2 i dekretet hänvisar till bilagan därtill som innehåller förteckningen över tjänsterna i fråga.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 2014, s. 65).

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, 2006, s. 36).

⁸ Förslag till avgörande i målet Decker (C-120/95 och C-158/96, EU:C:1997:399, punkt 17).

⁹ Dom av den 28 april 1998, Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, punkt 21), dom av den 12 juli 2001, Smits och Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, punkt 54), dom av den 13 maj 2003, Müller-Fauré och van Riet (C-385/99, EU:C:2003:270, punkt 39) och dom av den 23 oktober 2003, Inizan (C-56/01, EU:C:2003:578, punkt 17).

¹⁰ Dom av den 8 februari 2018, Lloyd's of London (C-144/17, EU:C:2018:78, punkt 33).

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2014/24

6. Direktiv 2014/24 fastställer regler som avser samordna nationella förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt över ett visst tröskelvärde så att de kan vara förenliga med principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster samt säkerställa genomförande av sådana principer som principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet. Detta direktiv avser också säkerställa effektiv konkurrens i offentlig upphandling.

7. Skäl 1 och 6 i direktiv 2014/24 anger följande:

”(1) Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. För offentliga kontrakt över ett visst värde bör dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

...

(6) Det bör också erinras om att detta direktiv inte bör påverka medlemsstaternas lagstiftning på området för social trygghet. Det bör inte heller avse liberalisering av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som är förbehållna offentliga eller privata enheter, eller privatisering av offentliga enheter som tillhandahåller tjänster.

Det bör likaledes erinras om att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster, såsom posttjänster, som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller som en blandning av dessa. Det är lämpligt att klargöra att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde.”

8. Skäl 114 i detta direktiv klarlägger skälen för särskilda förenklade regler för vissa personliga tjänster såsom vissa sociala hälsovårdstjänster och utbildningstjänster och skäl 118 däri förklarar reglerna rörande reserverade kontrakt för tjänster som anges i artikel 77.1 i samma direktiv.

9. Under avdelning I i direktiv 2014/24 med rubriken ”Tillämpningsområde, definitioner och allmänna principer” föreskriver artikel 1.1, 1.2, 1.4 och 1.5 följande:

”1. I detta direktiv fastställs regler om upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter med avseende på offentliga kontrakt samt om projektävlingar, vars värde uppskattas till minst de tröskelvärden som fastställs i artikel 4.

2. Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.

...

4. Detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas frihet att i enlighet med unionsrätten definiera vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, hur dessa tjänster bör organiseras och finansieras i enlighet med bestämmelserna om statligt stöd samt vilka särskilda krav de bör underställas. Detta direktiv påverkar inte heller myndigheters beslut om huruvida, hur och i vilken omfattning de önskar utöva offentliga funktioner själva, i enlighet med artikel 14 i EUF-fördraget och protokoll nr 26.

5. Detta direktiv påverkar inte hur medlemsstaterna organiserar sina system för social trygghet.”

10. Artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24 definierar *offentligt kontrakt* som ”ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.”

11. Artikel 2.1.10 i detta direktiv definierar *ekonomisk aktör* som ”varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggtreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden”.

12. Artikel 4 i samma direktiv med rubriken ”Tröskelvärden” föreskriver följande:

”Detta direktiv ska tillämpas på upphandlingar vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden:

...

d) 750 000 EUR för offentliga tjänstekontrakt för de sociala och andra särskilda tjänster som anges i bilaga XIV.”

13. Artikel 20 i direktiv 2014/24 med rubriken ”Reserverade kontrakt” anger följande:

”1. Medlemsstaterna får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, förutsatt att minst 30 % av arbetstagarna i sådana verkstäder, ekonomiska aktörer eller program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare.

...”

14. Avdelning III i direktivet med rubriken ”Särskilda upphandlingssystem” innehåller ett kapitel I som omfattar artiklarna 74–77. Dessa artiklar innehåller bestämmelser om förenklade regler, som är tillämpliga på ”sociala tjänster och andra särskilda tjänster”.

15. Artikel 74 i direktiv 2014/24 med rubriken ”Tilldelning av kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster” anger följande:

”Offentliga kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga XIV ska tilldelas i enlighet med detta kapitel när värdet på kontrakten uppgår till eller överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 4 d.”

16. Artikel 75 i detta direktiv med rubriken ”Offentliggörande av meddelanden” innehåller bestämmelser rörande offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling som anges i artikel 74.

17. Artikel 76 i direktiv 2014/24 med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt” föreskriver följande:

”1. Medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av kontrakt som omfattas av detta kapitel för att se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Medlemsstaterna kan själva fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.

2. Medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta grupperns behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation. Medlemsstaterna får också föreskriva att valet av tjänsteleverantör ska göras på grundval av det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster.”

18. Artikel 77.1 i direktiv 2014/24 med rubriken ”Reserverade kontrakt för vissa tjänster” anger att medlemsstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna får reservera rätten för en organisation att delta i offentlig upphandling exklusivt för de hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster som avses i artikel 74, som omfattas av CPV-koderna som förtecknas i denna artikel.¹¹ Artikel 77.2 i detta direktiv fastställer villkoren som dessa organisationer ska uppfylla för att kunna delta i reserverade kontrakt. Enligt artikel 77.3 i direktiv 2014/24 får den maximala löptiden för kontraktet inte överstiga tre år.

19. Bilaga XIV till direktiv 2014/24 innehåller en förteckning över tjänster som anges i artikel 74.

2. Tjänstedirektivet

20. Skäl 27 i tjänstedirektivet har följande lydelse:

”Detta direktiv bör inte omfatta sådana sociala tjänster som rör boende, barnomsorg och stöd till behövande familjer och enskilda och som på nationell, regional eller lokal nivå utförs av staten, av tjänsteleverantörer på uppdrag av staten eller av välgörenhetsorganisationer erkända av staten, i syfte att ge stöd till personer som tillfälligt eller permanent är särskilt behövande på grund av otillräckliga inkomster i familjen eller på grund av att de, helt eller delvis befinner sig i

¹¹ CPV fastställer ett enda klassificeringssystem för offentlig upphandling i syfte att standardisera de referenser som används av upphandlande myndigheter och enheter för att beskriva föremålet för upphandlingen. Se <https://simap.ted.europa.eu/cpv>.

beroendeställning och till personer som riskerar att bli marginaliserade. Dessa tjänster är nödvändiga för att garantera den grundläggande rätten till mänsklig värdighet och integritet och är ett uttryck för principerna om social sammanhållning och solidaritet och bör inte påverkas av detta direktiv.”

21. Artikel 2 i detta direktiv föreskriver följande:

”1. Detta direktiv skall tillämpas på tjänster som tillhandahålls av tjänsteleverantörer som är etablerade i en medlemsstat.

2. Detta direktiv skall inte tillämpas på följande verksamheter:

...

j) Sociala tjänster som rör subventionerat boende, barnomsorg och stöd till permanent eller tillfälligt behövande familjer och enskilda, som tillhandahålls av staten, tjänsteleverantörer på uppdrag av staten eller av staten erkända välgörenhetsorganisationer.

...”

B. Spansk rätt

22. I kraft av de befogenheter som den tilldelats med avseende på sociala tjänster i den spanska författningen har regionen Valencia utfärdat lag 5/1997. Av betydelse är artiklarna 44 bis, 53, 56, 62, 63, 64, 66, 67 och 68 i lag 5/1997.

23. Dekret 181/2017 genomför lag 5/1997 och är föremål för målet vid den nationella domstolen. Fastän lag 5/1997 har upphävts genom lag 3/2019¹² är dekret 181/2017 fortfarande i kraft enligt sistnämnda lag. Artiklarna 3, 6, 11, 13, 15, 17, 19 och 21–26 i dekret 181/2017 ska tas i beaktande, vilka genomför bestämmelserna i lag 5/1997.

II. De faktiska omständigheterna, förfarandet och tolkningsfrågorna

24. ASADE har väckt talan vid den hänskjutande domstolen om både ogiltigförklaring av dekret 181/2017 och upphävande av vissa bestämmelser i lag 5/1997.¹³ Enligt dess uppfattning är dekret 181/2017 rättsstridigt då det utesluter vinstdrivande enheter från att tillhandahålla offentliga tjänster enligt ett offentligt-privat avtal om samordnat agerande medan det tillåter icke-vinstdrivande organisationer, inte endast frivilligorganisationer,¹⁴ att tillhandahålla sådana tjänster mot betalning utan att dessa organisationer behöver genomgå ett öppet konkurrensutsatt förfarande som säkerställer likabehandling.

¹² Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana (lag 3/2019 av den 18 februari 2019 om inkluderande sociala tjänster i regionen Valencia) (BOE nr 61 av den 12 mars 2019, s. 23249).

¹³ I synnerhet artikel 44bis.1 c, artikel 53, artikel 56.2 och avdelning VI i lag 5/1997.

¹⁴ Hänvisningen till denna term förefaller härröra från dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440), och dom av den 28 januari 2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56), vilka båda avsåg frivilligorganisationer i samband med offentliga upphandlingskontrakt.

25. ASADE har påstått att dekret 181/2017 och vissa bestämmelser i lag 5/1997 står i strid med för det första etableringsfriheten som fastställs i artikel 49 FEUF, för det andra med direktiv 2014/24 genom att dessa regler inte iakttar principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och för det tredje med artikel 15.2 i tjänstedirektivet. Dessutom motiveras inte enligt dess uppfattning inskränkningen av etableringsfriheten, som den nationella lagstiftningen i fråga medför, av hänsyn till allmänintresset. ASADE har framhållit att den nationella lagstiftningen i fråga inte begränsas till områdena för hälsa och social trygghet utan avser alla typer av sociala tjänster och gäller för alla icke-vinstdrivande organisationer och inte endast frivilligorganisationer.¹⁵ Enligt dess mening betyder detta att undantagen från tillämpning av unionens regler om offentlig upphandling som fastställts i domstolens praxis¹⁶ inte är tillämpliga på förevarande mål.

26. För sin del anser svaranden Consejería de Igualdad y Políticas Inclusivas de la Generalitat Valenciana (autonoma regionregeringen Valencias departement för jämlikhet och inkluderande politik, Spanien) att både lag 5/1997 och dekret 181/2017 är förenliga med direktiv 2014/24 och tjänstedirektivet.

27. För det första har svaranden hävdade att domstolen redan har tillåtit undantag från principen om fri konkurrens avseende kontrakt som ingåtts med icke-vinstdrivande organisationer beträffande det sociala trygghetssystemet mot bakgrund av att sociala hälsovårdstjänster uppvisar ett antal kännetecken som kräver att de behandlas olika såvitt gäller regler om offentlig upphandling.¹⁷

28. För det andra har svaranden gjort gällande att i enlighet med principen om budgetmässig effektivitet erbjuder avtal om samordnat agerande ett alternativ till direkt eller indirekt ombesörjande av icke-ekonomiska tjänster som tillhandahålls av icke-vinstdrivande organisationer som erhåller betalning i form av ersättning för kostnader som inte innefattar affärsvinst. Svaranden anser också att avtal om samordnat agerande inte strider mot tjänstedirektivet, eftersom detta inte är tillämpligt på icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse eller på sociala tjänster som rör subventionerat boende, barnomsorg och stöd till permanent eller tillfälligt behövande familjer och enskilda, som tillhandahålls av staten, tjänsteleverantörer på uppdrag av staten eller av staten erkända välgörenhetsorganisationer.

29. För det tredje har svaranden uppfattningen att begäran om förhandsavgörande saknar grund, eftersom lag 5/1997 har upphävts genom lag 3/2019.

30. Den hänskjutande domstolens tvivel härrör i synnerhet från två avgöranden av domstolen, nämligen domarna i målen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce och Piepenbrock.¹⁸ I dessa två domar definierade domstolen begreppet ”kontrakt med ekonomiska villkor” på det sättet att det även innefattade kontrakt för vilka den avtalade ersättningen begränsades till ersättning motsvarande kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna. Den hänskjutande domstolen frågar därför huruvida hänvisningen till avtal om samordnat agerande

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Se, till exempel, dom av den 19 juni 2014, Centro Hospitalar de Setúbal och SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004) och dom av den 28 januari 2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56).

¹⁷ I detta avseende hänvisar det till skäl 6, 7 och 114 i direktiv 2014/24 och även till artikel 77 däri.

¹⁸ Dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817) och dom av den 13 juni 2013, Piepenbrock (C-386/11, EU:C:2013:385).

enligt lag 5/1997, ändrad genom lag 13/2016,¹⁹ är förenlig med artiklarna 49 och 56 FEUF, artiklarna 76 och 77 i direktiv 2014/24, jämförda med artikel 74 och bilaga XIV därtill och artikel 15.2 i tjänstedirektivet.

31. Under dessa omständigheter beslutade den hänskjutande domstolen att vilandeförklara målet och att hänskjuta följande frågor till EU-domstolen för ett förhandsavgörande:

- ”1) Ska artikel 49 FEUF och artiklarna 76 och 77 i [direktiv 2014/24] (jämförda med artikel 74 och bilaga XIV däri) tolkas så att de utgör hinder för nationella bestämmelser som tillåter upphandlande myndigheter att anlita icke-vinstdrivande privata organisationer – inte enbart välgörenhetsorganisationer – för tillhandahållande av alla slags sociala tjänster mot en ersättning som endast täcker kostnaderna, utan att använda de förfaranden som föreskrivs i [direktiv 2014/24] och oavsett det uppskattade värdet, endast genom att dessa arrangemang i förväg kvalificeras inte vara av avtalskaraktär?
- 2) För det fall svaret är nekande och detta därmed är möjligt, ska artikel 49 FEUF samt artiklarna 76 och 77 (jämförda med artikel 74 och bilaga XIV) i [direktiv 2014/24] tolkas så att de tillåter de upphandlande myndigheterna att anlita icke-vinstdrivande privata organisationer (inte enbart välgörenhetsorganisationer) för tillhandahållande av alla slags sociala tjänster mot en ersättning som endast täcker kostnaderna, utan att använda de förfaranden som föreskrivs i upphandlingsdirektivet och oavsett det uppskattade värdet, endast genom att dessa arrangemang i förväg kvalificeras sakna avtalskaraktär, när dessa nationella bestämmelser dessutom inte uttryckligen anger de villkor som uppställs i artikel 77 i direktivet, utan hänvisar till en senare genomförandeförordning utan att uttryckligen bland de krav som ska uppfyllas genom genomförandeförordningen ange att de ska omfatta de villkor som uppställs i artikel 77 i ovannämnda direktiv?
- 3) För det fall även detta svar är nekande och detta därmed är möjligt, ska artiklarna 49 och 56 FEUF, artiklarna 76 och 77 (jämförda med artikel 74 och bilaga XIV) i [direktiv 2014/24] samt artikel 15.2 i [tjänstedirektivet] om tjänster på den inre marknaden tolkas så att de tillåter de upphandlande myndigheterna att välja icke-vinstdrivande organisationer (inte enbart välgörenhetsorganisationer) för tillhandahållande av alla slags sociala tjänster till enskilda – utöver dem som anges i artikel 2.2 j i detta direktiv – och bland urvalskriterierna inbegripa etablering på den ort där tjänsten ska utföras?”

32. Skriftliga yttranden har getts in av sökanden, svaranden, den spanska, den italienska och den norska regeringen samt av Europeiska kommissionen. Efter att ha beslutat att avgöra målet utan att hålla en förhandling har domstolen ställt ett antal frågor för skriftligt besvarande till parterna och berörda personer som anges i artikel 23 i stadgan för Europeiska unionens domstol, vilka sökanden, svaranden, den spanska och den nederländska regeringen samt kommissionen har besvarat.

¹⁹ Artikel 4 bis(1)(c), artikel 53, artikel 56.2 och avdelning VI i lag 5/1997.

III. Bedömning

A. Inledande synpunkter

33. Inledningsvis är det min uppfattning att tolkningsfrågorna såvitt de avser lag 5/1997 kan tas upp till sakprövning. Den hänskjutande domstolen har tydligt förklarat att lagenligheten av dekret 181/2017 endast kan bedömas genom att pröva huruvida dess rättsliga grund, det vill säga lag 5/1997, är förenlig med unionsrätten. Den har ombetts att avgöra lagenligheten av dekret 181/2017 vid den tid som detta antogs. Den nationella domstolen anger i sitt beslut om hänskjutande att lag 5/1997, ändrad genom lag 13/2016, vid denna tid fortfarande var i kraft. Därför ska svarandens avvisningsyrkande ogillas.

34. För det andra kommer jag att behandla den italienska regeringens invändning att begäran om förhandsavgörande inte anger de typer av sociala tjänster som kan bli föremål för avtal om samordnat förfarande som är i fråga i det nationella målet.

35. Enligt fast rättspraxis är det nödvändigt att den nationella domstolen åtminstone i någon mån förklarar varför den begär tolkning av just de angivna unionsbestämmelserna samt redogör för det samband som den har funnit föreligga mellan dessa bestämmelser och den i målet tillämpliga nationella lagstiftningen.²⁰

36. Jag konstaterar att denna begäran om förhandsavgörande inte anger de sociala tjänster som är i fråga och att det är olyckligt att denna information saknas. Det framgår emellertid tydligt av de tillämpliga bestämmelser som beskrivits i beslutet om hänskjutande och av utformningen av tolkningsfrågorna att den i huvudsak kan omfatta ”alla slags sociala tjänster”. Enligt min uppfattning har den hänskjutande domstolen därför tillräckligt förklarat den rättsliga bakgrunden till dess begäran om tolkning av EU-rätten.

37. För det tredje är det min uppfattning att såvitt tolkningsfrågorna rör artiklarna 49 och 56 FEUF ska de anses vara prövningsbara. Det är visserligen riktigt att det inte framgår av beslutet om hänskjutande huruvida tvisten i det nationella målet har något gränsöverskridande inslag.

38. Det förefaller mig dock som att förevarande begäran om förhandsavgörande föreligger i exakt samma situation som den som förelåg i målet *Libert m.fl.*²¹ till vilken domstolen hänvisade i punkt 51 i domen i målet *Ullens de Schooten*.²² I denna punkt förklarade domstolen att en begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning i en rent inhemsk situation när ”den hänskjutande domstolen har ställt frågor till EU-domstolen i samband med ett förfarande om ogiltigförklaring av bestämmelser som inte enbart är tillämpliga på inhemska medborgare utan även på medborgare i andra medlemsstater.”²³ Detta förefaller vara fallet i det nationella målet mot bakgrund av att ASADE har väckt en talan om ogiltigförklaring av dekret 181/2017, som inte endast är tillämpligt på inhemska medborgare utan även på medborgare i andra medlemsstater.

²⁰ Se, till exempel, dom av den 10 mars 2016, *Safe Interenvíos* (C-235/14, EU:C:2016:154, punkt 115) och beslut av den 12 maj 2016, *Security Service m.fl.* (C-692/15 till C-694/15, EU:C:2016:344, punkt 20).

²¹ Dom av den 8 maj 2013 (C-197/11 och C-203/11, EU:C:2013:288).

²² Dom av den 15 november 2016 (C-268/15, EU:C:2016:874).

²³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 maj 2013, *Libert m.fl.* (C-197/11 och C-203/11, EU:C:2013:288, punkt 35). Se, på senare tid, dom av den 11 februari 2021, *Katoen Natie Bulk Terminals och General Services Antwerp* (C-407/19 och C-471/19, EU:C:2021:107, punkt 53).

39. Enligt min mening är följden att i den mån som dessa frågor rör de ovannämnda fördragsbestämmelserna ska de förklaras vara möjliga att pröva i sak.

B. Den första och den andra frågan

40. Genom sina två första frågor, som bör behandlas tillsammans då de rör samma förhållanden, vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida artikel 49 FEUF och artiklarna 74, 76 och 77 i direktiv 2014/24 ska tolkas på det sättet att en offentlig myndighet, utan iakttagande av de krav på förfarandet som föreskrivs i EU-rätten, får ingå avtal enbart med icke-vinstdrivande organisationer enligt vilka denna myndighet anförtror dessa enheter vissa sociala tjänster mot ersättning för de kostnader som dessa organisationer ådrar sig med avseende på tillhandahållande av dessa tjänster.

41. Besvarandet av dessa frågor är som att försöka ta sig genom en labyrint av olika rättsliga problem. För att göra det lättare kommer jag att bryta ned den i fyra separata delar. Som en inledande punkt är det nödvändigt att fastställa ifrågavarande tjänsters karaktär i det nationella målet för att avgöra huruvida de ska betecknas som ”ekonomisk verksamhet” enligt de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling. Sedan kommer jag att bedöma villkoren för tillämpligheten av direktiv 2014/24. Därefter övergår jag till en prövning av de ”förenklade reglerna” som anges i artiklarna 74–77 i detta direktiv och slutligen reglerna om etableringsfrihet som fastställs i artikel 49 FEUF.

42. Innan jag emellertid övergår till att behandla dessa frågor vill jag framföra följande två synpunkter. För det första anser den nationella domstolen genom att nämna artikel 49 FEUF i tolkningsfrågorna att förevarande mål rör etableringsfriheten snarare än friheten att tillhandahålla tjänster.

43. Enligt min mening är detta antagande riktigt, eftersom det är fast rättspraxis att tillhandahållande av tjänster ska skiljas från etablering i det att denna innefattar en verksamhet som är stabil och varaktig medan tillhandahållande av tjänster innebär en verksamhet av tillfällig karaktär.²⁴ Det förefaller som att bestämmelsen om de sociala tjänsterna i fråga i det nationella målet kräver sådan stabilitet och att sådan verksamhet således omfattas av etableringsfriheten.

44. För det andra förefaller det föreligga ett antagande att avtalen om samordnat agerande i fråga inte är koncessionsavtal som omfattas av direktiv 2014/23, eftersom den hänskjutande domstolen hänvisar till direktiv 2014/24.²⁵ Tjänstekoncession är ett avtal av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med undantag för att vederlaget för tillhandahållande av tjänster antingen enbart består i rätten att utföra tjänsten eller i den rätten tillsammans med betalning. Tjänstekoncession innebär en överföring av en offentlig myndighet till koncessionshavaren av verksamhetsrisken vid utnyttjande av dessa tjänster.²⁶ Medan den nationella lagstiftningen i det nationella målet inte hindrar att användarna ska vara skyldiga att betala delvis för de sociala tjänster som är föremål

²⁴ Se, i synnerhet, domen av den 30 november 1995 i målet Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, punkt 25 och följande punkter). Beträffande skillnaden mellan friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten, se också förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568, punkterna 15–18).

²⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 2014, s.1).

²⁶ Direktiv 2014/23 definierar ”tjänstekoncession” i dess artikel 5.1 b i huvudsak som ett kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en upphandlande myndighet anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster till en ekonomisk aktör. Enligt domstolens praxis ligger skillnaden mellan ett offentligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession nämligen i den risk som tas vid utövandet av tjänsterna i fråga (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punkterna 24, 26, 37 och där angiven rättspraxis).

för dessa avtal²⁷ förefaller inte en sådan överföring ha ägt rum enligt denna lagstiftning.²⁸ Min uppfattning är därför att avtalen om samordnat agerande i fråga inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/23/EU.

45. Jag kommer således att behandla tolkningsfrågorna utifrån direktiv 2014/24 eller bestämmelserna om etableringsfrihet i EUF-fördraget.

1. *Ifrågavarande sociala tjänsters beskaffenhet*

46. Jag vill inledningsvis understryka att huvudsyftet med unionens regler om offentlig upphandling, främst direktiv 2014/24, är etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster.²⁹ Då detta direktiv har utformats för att genomföra bestämmelserna i EUF-fördraget rörande dessa friheter³⁰ omfattas de sociala tjänsterna i fråga i det nationella målet av det materiella tillämpningsområdet för dessa grundläggande friheter.

47. Det följer härav att om de sociala tjänster som avsågs med avtalen i fråga om samordnat agerande skulle anses som icke-ekonomisk verksamhet i den mening som avses i dessa fördragsbestämmelser skulle dessa avtal också vara undantagna från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24, eftersom detta inte kan utsträcka tillämpningsområdet för de grundläggande friheter som det avser genomföra.³¹

48. Det framgår dessutom av ordalydelsen i artikel 1.4 och av skäl 6 i direktiv 2014/24 att medlemsstaterna har rätt att definiera sina ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse” och att ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” inte omfattas av detta direktiv. Det ska samtidigt konstateras att direktiv 2014/24 inte särskilt definierar begreppen ”icke-ekonomiska tjänster” och ”tjänster av allmänt ekonomiskt intresse”.

49. Jag har därför uppfattningen att vid tillämpning av direktiv 2014/24 ska begreppen ”ekonomisk verksamhet” och ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” som anges i direktiv 2014/24 tolkas i ljuset av domstolens praxis rörande etableringsfrihet och fri rörlighet för tjänster som föreskrivs i EUF-fördraget.³²

50. Medan de två första tolkningsfrågorna endast nämner artikel 49 FEUF, och inte artikel 56 FEUF, definieras begreppen ”tjänster” och ”ekonomisk verksamhet” till stor del i den sistnämnda fördragsbestämmelsen. Det finns inte något enkelt kriterium för att skilja mellan de två friheterna fastän skillnaden förefaller ligga i verksamhetens tillfälliga karaktär.³³ På grund av den grå zonen

²⁷ Se artikel 6.3 och 4 i lag 5/1997 som föreskriver att ”i tillägg till de avgifter som angetts får användarna inte påföras något belopp för tillhandahållande av avtalade tjänster” och att ”betalning av varje slag från användarna för tillhandahållande av ytterligare tjänster och storleken därav ska godkännas i förväg”.

²⁸ Se artikel 66.2 och artikel 65.3 i lag 5/1997. I detta avseende har ASADE i sina svar på domstolens skriftliga frågor uppgett att lagstiftningen i fråga föreskriver att *offentliga myndigheter ska täcka alla förluster avseende kostnaderna för tjänsterna i fråga*. Svaranden har påstått att artikel 11.1 i dekret 181/2017 föreskriver att mottagarna av de tjänster som omfattas av avtalen om samordnat agerande ska erhålla dessa tjänster utan kostnad.

²⁹ Den rättsliga grunden för antagandet av direktiv 2014/24 är i synnerhet artiklarna 53.1 och 62 FEUF som återfinns i avdelning IV om ”Fri rörlighet för personer, tjänster och kapital” i kapitel 2 om ”Etableringsrätt” (artikel 53) och kapitel 3 om ”Tjänster” (artikel 62).

³⁰ Se förslag till avgörande av generaladvokaten Stix-Hackl i målet Sintesi (C-247/02, EU:C:2004:399, punkt 27).

³¹ Se, analogt, dom av den 29 april 2010, kommissionen/Tyskland, C-160/08 (EU:C:2010:230, punkterna 73 och 74).

³² Se, bland annat, dom av den 21 juli 2005, Coname (C-231/03, EU:C:2005:487) och dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440) och dom av den 28 januari 2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56).

³³ Se, särskilt, domen av den 30 november 1995 i målet Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, punkt 25 och följande punkter). Beträffande skillnaden mellan friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten, se också förslag till avgörande av generaladvokaten Cruz Villalón i målet Yellow Cab Verkehrsbetrieb (C-338/09, EU:C:2010:568, punkterna 15–18).

mellan dessa två friheter och då de tillsammans utgör grunden för direktiv 2014/24 görs i bedömningen av den första och andra frågan i förevarande förslag till avgörande hänvisning inte endast till etableringsfriheten utan även till friheten att tillhandahålla tjänster.

51. I detta sammanhang bestämmer ettvarvt av begreppen ”ekonomisk verksamhet” och ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” huruvida en viss verksamhet omfattas eller inte omfattas av unionslagstiftningen.³⁴ Det bör också framhållas att en sådan bestämning inte är en exakt vetenskap. Det finns ändå en gemensam utgångspunkt för definition av dessa begrepp. Då begreppet ”ekonomisk verksamhet” fastställer omfattningen av de grundläggande friheterna som anges i EUF-fördraget ska det inte tolkas restriktivt.³⁵

52. Då reglerna om offentlig upphandling i unionsrätten ursprungligen utvecklades i samband med grundläggande friheter och samtidigt som jag konstaterar att det föreligger viss överlappning mellan dessa friheter och andra rättsområden, nämligen konkurrensrätt eller statligt stöd,³⁶ förefaller begreppen ”tjänster av allmänt intresse” och ”ekonomisk verksamhet” som används i samband med grundläggande friheter skilja sig från dem som utvecklats i konkurrensrätten.³⁷ Enligt rättspraxis rörande etableringsfrihet är det således tillhandahållande av tjänster mot vederlag som ska anses vara en ekonomisk verksamhet.³⁸

53. Det viktigaste kännetecknet för en ersättning är att den utgör den ekonomiska motprestationen för tjänsten i fråga,³⁹ det vill säga att ”verksamheten bedrivs mot vederlag”.⁴⁰ Jag betonar därför att den avgörande faktor som medför att en verksamhet omfattas av EUF-fördraget avseende grundläggande friheter är dess *ekonomiska karaktär*, oberoende av vem som betalar för tjänsten, antingen användaren eller medlemsstaten.⁴¹ Domstolen har exempelvis förklarat att förhållandet att staten deltar i finansiering av medicinska förmåner inte betyder att en medicinsk verksamhet inte ska betecknas som en tjänst.⁴²

54. Med beaktande av den breda definitionen av begreppet ”ekonomisk verksamhet” i samband med de grundläggande friheterna har domstolen inte tvekat att exempelvis som tjänster enligt direktiv 2004/18/EG⁴³ beteckna avtal om medicinsk transport, även när den upphandlande myndigheten ingick dessa avtal med frivilligorganisationer och dessa avtal grundades på

³⁴ Enligt fast rättspraxis på området för social trygghet påverkar inte unionsrätten i princip medlemsstaternas befogenhet att utforma sina system för social trygghet (se senast dom av den 11 juni 2020, kommissionen och Republiken Slovakien/Dövera zdravotná poisťovňa (C-262/18 P och C-271/18 P, EU:C:2020:450, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

³⁵ Dom av den 13 april 2000, Lehtonen och Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

³⁶ Sanchez-Graells, A., ”State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries” (8 oktober 2019), Hancher, L, och Piernas López, JJ, (red.), Research Handbook on European State Aid Law 2a uppl. Edward Elgar, 2020, tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3466288>.

³⁷ Beträffande denna skillnad, se, särskilt, förslag till avgörande av generaladvokaten Poiaras Maduro i målet FENIN/kommissionen (C-205/03 P, EU:C:2005:666, punkt 51). Se också Wauters, K., Bleux, S., A new generation of public procurement Directives: background, objectives and results, i: Marique Y., Wauters K. (red.), EU Directive 2014/24 on public procurement. A new turn for competition in public markets?, Larcier: Bryssel 2016, s. 9).

³⁸ Dom av den 1 februari 2017, kommissionen/Ungern (C-392/15, EU:C:2017:73, punkt 100). Jag bör tillägga att beträffande arbetstagare har domstolen tillagt att tillhandahållande av tjänster mot ersättning måste anses utgöra ekonomisk verksamhet ”under förutsättning att verksamheten är verklig och faktisk och inte är sådan att den enbart framstår som marginell eller underordnad” (dom av den 20 november 2001, Jany m.fl. C-268/99, EU:C:2001:616, punkt 33 och där angiven rättspraxis). De sistnämnda kriterierna som avser ett anställningsförhållande förefaller dock inte vara relevanta i förevarande mål.

³⁹ Se, bland annat, dom av den 18 december 2007, Jundt (C-281/06, EU:C:2007:816, punkterna 28 och 29 och där angiven rättspraxis).

⁴⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 februari 2016, kommissionen/Ungern (C-179/14, EU:C:2016:108, punkt 154).

⁴¹ Ibidem, punkt 157 och där angiven rättspraxis.

⁴² Dom av den 12 juli 2001, Smits och Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, punkt 58).

⁴³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114).

principen om solidaritet.⁴⁴ Förhållandet att verksamheten genomförs utan vinstsyfte av en privat deltagare såsom ideella institutioner för social solidaritet hindrar inte att den kan betecknas som en ekonomisk verksamhet.⁴⁵

55. I förevarande mål förtecknar bilagan till dekret 181/2017 de tjänster som kan bli föremål för avtalen i fråga om samordnat agerande.⁴⁶ Som nämnts tidigare i detta förslag till avgörande kan tjänsterna i fråga innefatta tjänster för barn, tonåringar, unga människor, äldre, personer med funktionshinder, migranter, kvinnor i utsatta situationer och personer i kategorin ”jämslällldhet i mångfald” (LGBTI och romer)⁴⁷

56. Såvitt gäller innehållet i tjänsterna i fråga erinras om att den verksamhet som tillhandahålls enligt avtalen om samordnat agerande innefattar ett brett urval av olika verksamheter⁴⁸ såsom till exempel bostadstjänster, dagcenter, vård i hemmet och mottagning av personer, stöd till utsatta personer, tillhandahållande av finansiellt stöd och även program för verkställande av domstolsbeslut. För att endast nämna några exempel innefattar tjänsterna tillhandahållande av medel för mottagning av minderåriga som står under regionala myndigheters vård eller förvaltarskap, inrättningar för verkställighet av domstols beslut avseende minderåriga, stöd till unga personers utveckling och självständighet som står under förvaltarskap men har nått myndighetsåldern, program för domstolsbeslut avseende minderåriga, platser för möten inom familjen, ingripanden i värdfamiljer avseende minderåriga, åtgärder för adoption och adoptivfamiljer, dagcenter för minderåriga i utsatta situationer, bostadstjänster och stöd för unga personers levnadskostnader, center för yrkesutbildning av unga personer, vård i hemmet och dagcenter för äldre, subventionerat boende för äldre och center för kvinnor som riskerar social utslutning och mottagningscenter för kvinnliga våldsoffer.

57. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida tjänsterna i fråga erbjuds mot erhållande av ersättning och således utgör en ”ekonomisk verksamhet” i den mening som avses i ovan angiven rättspraxis.

58. I detta avseende förefaller inte mottagarna av tjänsterna som avses med avtalen om samordnat agerande normalt betala för dessa tjänster utom i undantagsfall när de kan vara skyldiga att betala en avgift som tidigare har godkänts av den upphandlande myndigheten.⁴⁹ Då emellertid den ekonomiska karaktären av en verksamhet inte beror av huruvida tjänsten betalas av användaren eller av den upphandlande myndigheten⁵⁰ och då enligt den nationella lagstiftningen i fråga sådan betalning erläggs⁵¹ kan dessa tjänster anses utgöra en ”ekonomisk verksamhet” enligt artikel 49 FEUF. Härav följer också att den rättsliga karaktären och solidaritetsmekanismen som genomförs av de enheter som tillhandahåller tjänsterna i fråga saknar betydelse.⁵²

⁴⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 november 2007, kommissionen/Italien (C-119/06, ej publicerad, EU:C:2007:729, punkterna 36–41), dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkterna 32–43) och dom av den 28 januari 2016, CASTA m.fl. (C-50/14, EU:C:2016:56, punkterna 26 och 33–41).

⁴⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juni 2014, Centro Hospitalar de Setúbal och SUCH (C-574/12, EU:C:2014:2004, punkt 40).

⁴⁶ Se fotnot 5 i detta förslag till avgörande.

⁴⁷ Se punkt 2 i detta förslag till avgörande.

⁴⁸ Beträffande den fullständiga förteckningen, se omnämmandet i punkt 2 i detta förslag till avgörande.

⁴⁹ Se artikel 65.3 och 4 i lag 5/1997 och artikel 11.1 c i dekret 181/2017.

⁵⁰ Se punkt 53 ovan.

⁵¹ Se artikel 22 i dekret 181/2017.

⁵² Ibidem.

59. Jag kommer därför att gå vidare med utgångspunkten att åtminstone vissa av de tjänster som är föremål för avtalen i fråga om samordnat agerande kan anses vara ”ekonomisk verksamhet” om dessa tjänster faktiskt erbjuds mot *ersättning* även om denna ersättning inte betalas direkt av mottagarna av tjänsterna utan av myndigheterna.

60. För fullständighetens skull bör man undersöka huruvida tjänsterna i fråga omfattas av begreppet ”utövande av offentlig makt” i den mening som avses i artikel 51 FEUF då detta utgör ett undantag från artikel 49 FEUF. Fastän den nationella domstolen inte i tolkningsfrågorna uttryckligt berört det undantag som föreskrivs i artikel 51 första stycket FEUF kan det inte uteslutas att vissa av dessa verksamheter kan omfattas av begreppet ”utövande av offentlig makt” i den mening som avses i denna bestämmelse. Det förefaller exempelvis som att bilagan till dekret 181/2017 innehåller vissa åtgärder som verkställighet av domstolsbeslut av enheter med sociala verksamhetsmål enligt avtalen om samordnat agerande.

61. Begreppet ”utövande av offentlig makt” ska tolkas restriktivt, eftersom det är ett undantag från etableringsfriheten.⁵³ Detta undantag begränsas till verksamhet som i sig är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.⁵⁴ Det utsträcks dessutom inte till viss verksamhet som är underordnad eller förberedande till utövande av offentlig makt⁵⁵ eller till verksamhet vars utövande, fastän den medför kontakter med administrativa eller rättsliga myndigheter, även om dessa sker regelbundet, hör organiskt till förfarandet och går ut på en obligatorisk medverkan vid deras fullgörande av sina uppgifter men som inte påverkar deras bedömning eller rättsskipningsbefogenhet.⁵⁶ Inte heller avser det viss verksamhet som innefattar utövandet av rättsskipningsbefogenheter,⁵⁷ exekutiva befogenheter,⁵⁸ eller tvångsåtgärder.⁵⁹

62. Under alla förhållanden ankommer det på den hänskjutande domstolen och inte domstolen att fastställa den specifika karaktären av den verksamhet som anförtratts dessa enheter genom avtal om samordnat agerande och att avgöra huruvida de kan ha ett direkt och specifikt samband med utövandet av offentlig makt. Om detta är fallet är denna verksamhet inte av ekonomisk karaktär.

63. När det har klarlagts att en specifik verksamhet med beaktande av karaktären av verksamheten i fråga utgör ”ekonomisk verksamhet” i den mening som avses i artikel 49 FEUF och direktiv 2014/24 blir nästa steg att avgöra huruvida *lex specialis* i reglerna om offentlig upphandling, direktiv 2014/24, är tillämplig på den nationella lagstiftningen i fråga.

⁵³ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 december 2011, kommissionen/Nederländerna (C-157/09, ej publicerad, EU:C:2011:794, punkt 57 och där angiven rättspraxis).

⁵⁴ Se, i synnerhet, dom av den 1 december 2011, kommissionen/Nederländerna C-157/09, ej publicerad, EU:C:2011:794, punkt 58 och där angiven rättspraxis).

⁵⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, punkt 22), dom av den 30 mars 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, EU:C:2006:208, punkt 47) och dom av den 22 oktober 2009, kommissionen/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, punkt 36).

⁵⁶ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juni 1974, Reyners (C-2/74, EU:C:1974:68, punkterna 51 och 53).

⁵⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 1993, Thijssen (C-42/92, EU:C:1993:304, punkterna 21 och 22), dom av den 29 november 2007, kommissionen/Österrike (C-393/05, EU:C:2007:722, punkterna 36 och 42), dom av den 29 november 2007, kommissionen/Tyskland (C-404/05, EU:C:2007:723, punkterna 38 och 44) och dom av den 22 oktober 2009, kommissionen/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, punkterna 36 och 41).

⁵⁸ Se, för ett liknande resonemang, bland annat, dom av den 29 oktober 1998, kommissionen/Spanien (C-114/97, EU:C:1998:519, punkt 37).

⁵⁹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003, Anker m.fl. (C-47/02, EU:C:2003:516, punkt 61) och dom av den 22 oktober 2009, kommissionen/Portugal (C-438/08, EU:C:2009:651, punkt 44).

2. Villkoren för tillämpningen av direktiv 2014/24

64. Tillämpningen av direktiv 2014/24 förutsätter att ett antal villkor uppfylls. För det första ska det förfarande som anges i den nationella lagstiftningen omfattas av begreppet ”upphandling” enligt artikel 1.2 i direktiv 2014/24. För det andra ska avtalen i fråga om samordnat förfarande omfattas av begreppet ”offentligt kontrakt” som definieras i artikel 2.1.5 i detta direktiv. För det tredje ska dessa avtal vara lika med eller överstiga det tröskelvärde som anges i artikel 4 d i detta direktiv. Jag kommer att behandlat ettvar av dessa villkor var för sig.

a) Begreppet ”upphandling”

65. Enligt artikel 1.2 i direktiv 2014/24 är detta direktiv tillämpligt på ”upphandling” som definieras som en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av bland annat tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål.

66. Det följer av denna definition att upphandling bland annat innebär ett *val* av en eller flera ekonomiska aktörer av en eller flera upphandlande myndigheter. Enbart finansiering av sociala tjänster eller beviljande av licenser eller tillstånd för samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som angetts av den upphandlande myndigheten i förväg utan att ange gränser eller kvoter utgör däremot inte upphandling i den mening som avses i artikel 1.2 i detta direktiv.⁶⁰

67. Frågan om val behandlades första gången i målet Falk Pharma.⁶¹ I detta mål rörande direktiv 2004/18 förklarade domstolen att när den upphandlande myndigheten inte väljer ut någon ekonomisk aktör som ska ges ensamrätt till ett kontrakt innebär detta att det inte är nödvändigt att låta denna upphandlande myndighets agerande omfattas av de precisa bestämmelserna i detta direktiv.⁶² Domstolen betonade därför att *urvalet* av ett anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare därför ska anses vara ett grundläggande kriterium med avseende på begreppet offentligt kontrakt i detta direktiv.⁶³

68. Efter denna dom har domstolen i målet Tirkkonen⁶⁴ förklarat att när den upphandlande myndigheten inte angav något tilldelningskriterium för att jämföra och rangordna de godtagbara anbuden kan det inte föreligga ett offentligt kontrakt i direktivets mening.⁶⁵ Domstolen förklarade att ”ett system för jordbruksrådgivning ... genom vilket ett offentligt organ väljer ut samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller de lämplighetskrav som anges i anbudsfordran och som har klarat det prov som nämns däri, inte ska anses utgöra ett offentligt kontrakt i den mening som avses i direktivet även om inga nya ekonomiska aktörer tillåts ansluta sig därtill under systemets begränsade giltighetstid.”⁶⁶

69. Det förefaller mig som att valkriteriet som definierats i de två nyssnämnda domarna i målen Falk Pharma och Tirkkonen kan leda till en tveksam situation där medlemsstaterna kan utesluta vissa förfaranden från tillämpning av direktiv 2014/24 genom att undanta ”val” som det

⁶⁰ Se skäl 114 i direktiv 2014/24.

⁶¹ Dom av den 2 juni 2016 (C-410/14, EU:C:2016:399).

⁶² Ibidem, punkt 37.

⁶³ Ibidem, punkt 38.

⁶⁴ Dom av den 1 mars 2018, Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142).

⁶⁵ Ibidem, punkt 35.

⁶⁶ Ibidem, punkt 41.

definierats i dessa domar. Som vissa kritiker har påpekat, och jag är böjd att hålla med dem, kan den restriktiva inställning som domstolen intagit i dessa domar bland annat uppmuntra medlemsstaterna att inte tillämpa direktiv 2014/24 och äventyra tillämpligheten av de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling.⁶⁷ En upphandlande myndighet kan exempelvis i upphandlingen införa ett skraddarsytt villkor som endast kan uppfyllas av ett antal specifika aktörer och föreskriva att samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller detta villkor kommer att väljas för att underminera tillämpligheten av dessa bestämmelser.

70. Jag bör också tillägga att dessa domar gör linjen otydlig mellan å ena sidan kriteriet rörande val i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 2014/24 och å andra sidan urvals- och tilldelningskriterierna som föreskrivs i samma direktiv.⁶⁸ Jag anser att det vid första påseende är tveksamt att ett enda moment är både ett kriterium för tillämpligheten av direktiv 2014/24 och ett villkor som ska uppfyllas av anbudsgivarna enligt detta direktiv.⁶⁹ Jag råder därför domstolen att inte följa denna rättspraxis. Domstolen bör i stället ge termen ”upphandling” en vidare innebörd som omfattar förfaranden som innefattar tilldelning av kontrakt till vissa tjänsteleverantörer medan andra undantas för en viss tidsperiod.

71. Om domstolen emellertid skulle besluta att följa denna rättspraxis är det oklart i förevarande mål huruvida på samma sätt som i nyssnämnda domar den nationella lagstiftningen i fråga föreskriver ett system varigenom de upphandlande myndigheterna beviljar ett ”tillstånd” och användarna av de relevanta tjänsterna väljer mellan de enheter som tillhandahåller tjänsterna eller huruvida valet slutligt ligger hos de upphandlande myndigheterna.⁷⁰

72. Dekret 181/2017 förefaller föreskriva en anbudsinfordran som ska fastställa ett minsta antal och kriterierna för urval av enheter för antaganden av avtal om samordnat agerande⁷¹ och anbud ska prövas av utvärderingskommittén.⁷² Beslutet rörande framgångsrika sociala enheter,⁷³ som sedan kan ingå avtal för tillhandahållande av sociala tjänster, offentliggörs i Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.⁷⁴ Det är emellertid inte klart för mig huruvida det finns ett begränsat antal framgångsrika enheter som tilldelas ett ”tillstånd” i den mening som avses i målet Falk Pharma eller om det finns ett begränsat antal enheter som *faktiskt* väljs av de upphandlande myndigheterna. Kriterierna för urval som anges i artikel 64.2 och 3 i lag 5/1997 förefaller rymmas inom ramen för begreppet val och således utgöra ”upphandling” i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 2014/24. Under alla förhållanden ankommer det på den nationella domstolen att avgöra huruvida det faktiska valet har övergått till användarna av tjänsterna i fråga eller huruvida det görs av de upphandlande myndigheterna själva. Av de skäl som angetts i detta

⁶⁷ Se, Turudić, M., Article 76 Principles Of Awarding Contracts i European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU, redigerad av Caranta, R., och Sanchez-Graells, A., oktober 2021, Edward Elgar Publishing Limited, sid 863. Se också Sanchez-Graells, <https://www.howtocrackanut.com/blog/2018/3/5/the-end-of-procurement-as-we-knew-it-cjeu-consolidates-falk-pharma-approach-to-definition-of-procurement-C-917>.

⁶⁸ Se, särskilt, artiklarna 58 och 67 i direktiv 2014/24.

⁶⁹ Se, analogt, förslag till avgörande av generaladvokaten Cosmas i de förenade målen Hernández Vidal m.fl. (C-127/96, C-229/96 och C-74/97, EU:C:1998:426, punkt 80), i vilket han kallar situationen där resultatet som följer av att tillämpa ett direktiv blir ett villkor som avgör huruvida det är tillämpligt för en orimlig slutsats eller en ond cirkel.

⁷⁰ I domen av den 2 juni 2016 i målet Falk Pharma (C-410/14, EU:C:2016:399) lämnades valet till patienten och i domen av den 1 mars 2018 i målet Tirkkonen (C-9/17, EU:C:2018:142) till mottagaren av stödet i fråga.

⁷¹ Artikel 9.1 och 9.2 i dekret 181/2017.

⁷² Artikel 17 i dekret 181/2017.

⁷³ Artikel 19 i dekret 181/2017.

⁷⁴ Artikel 19.1 i dekret 181/2017.

förslag till avgörande⁷⁵ anser jag i vart fall att frågan om tillämpligheten av direktiv 2014/24 inte ska vara beroende av det sätt varpå medlemsstaterna väljer framgångsrika enheter utan snarare på föremålet för kontrakten.

73. Icke desto mindre måste jag ånyo betona att det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa huruvida avtalen i fråga om samordnat agerande är föremål för val i sig i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 2014/24.

b) Kännetecken för ett offentligt kontrakt

74. Förekomsten av ett offentligt kontrakt är ett materiellt villkor för tillämpligheten av direktiv 2014/24. Enligt artikel 2.1.5 i detta direktiv är ett "offentligt kontrakt" ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.

75. Bortsett från det självklara kravet att ett sådant kontrakt ska vara skriftligt, vilket klart inte är en fråga i förevarande mål,⁷⁶ är ett offentligt kontrakts huvudsakliga kännetecken grundat på denna definition följande: förekomsten av ett kontrakt med ekonomiska villkor, som ingåtts mellan en ekonomisk aktör och en eller flera upphandlande myndigheter vars föremål är tillhandahållande av tjänster.

1) Ett kontrakt som ingåtts med ekonomiska villkor

76. Det bör inledningsvis erinras om att definitionen av ett offentligt kontrakt är en unionsrättslig fråga och att vid bestämningen av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 den avgörande faktorn inte är vare sig hur kontraktet i fråga betecknas enligt nationell lagstiftning eller den nationella lagstiftarens eller parternas avsikter. Klassificeringen av avtalen i fråga styrs av de regler som anges i detta direktiv.⁷⁷ Det saknar därför betydelse enligt min mening att artikel 62.1 i lag 5/1997 och artikel 3 c i dekret 181/2017 klassificerar avtalet om samordnat agerande som "icke-kontraktuellt".⁷⁸

77. Beträffande innebörden av uttrycket "med ekonomiska medel" har domstolen redan förklarat att det avser ett kontrakt varigenom varje part åtar sig att utföra en prestation i utbyte mot en annan.⁷⁹ Då tillhandahållande av en tjänst kan ersättas med olika former av vederlag, såsom ersättning för utgifter som uppkommit för tillhandahållandet av den avtalade tjänsten,⁸⁰ kvarstår faktum att ett offentligt kontrakts ömsesidiga karaktär nödvändigtvis medför tillkomsten av

⁷⁵ Se punkterna 69 och 70 ovan.

⁷⁶ Artikel 3 d och artikel 21.1 i dekret 181/2017 ger en definition av "sociala avtal" som hänvisar till "dokument" som formaliserar avtalet mellan administrationen och sociala enheter.

⁷⁷ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

⁷⁸ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 20 oktober 2005, kommissionen/Frankrike C-264/03, EU:C:2005:620, punkt 36) och dom av den 22 april 2021, kommissionen/Österrike (Hyra av en byggnad som ännu inte har uppförts) (C-537/19, EU:C:2021:319, punkt 43).

⁷⁹ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy (C-606/17, EU:C:2018:843, punkt 28).

⁸⁰ I detta avseende ska det erinras om att enligt domstolens fasta praxis kan endast ett avtal som ingåtts med ekonomiska medel utgöra ett offentligt kontrakt som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2004/18 (se dom av den 25 mars 2010, Helmut Müller (C-451/08, EU:C:2010:168, punkt 47) och dom av den 21 december 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985, punkt 43). Medan direktiv 2014/24 upphävd direktiv 2004/18 föreligger detta villkor med liknande formulering i båda direktiven. Denna rättspraxis kan därför tillämpas på det nya direktivet.

rättsligt bindande skyldigheter för båda parter i avtalet, vars utförande ska vara rättsligt verkställbart. Kontraktets ömsesidigt förpliktande karaktär är således en väsentlig beståndsdel av ett offentligt kontrakt.⁸¹

78. I förevarande mål vad först beträffar det offentliga kontraktets ömsesidiga karaktär följer det av de definitioner som anges i artikel 3 och artiklarna 21–26 i dekret 181/2017 att de dokument som kan upprättas av parterna kan utgöra formella avtal. Det framgår dessutom av artikel 65.2 i lag 5/1997 att avtalen om samordnat agerande föranleder skyldigheter för de enheter som tillhandahåller tjänsterna i fråga, vilka specifikt definieras i avdelningarna IV och V i detta dekret. Artikel 66.2 i denna lag och artikel 22.1 i dekret 181/2017 fastställer dessa enheters tariffer och ersättningsmekanismer. Artikel 26 i dekret 181/2017 föreskriver ett system för rättsliga åtgärder och avdelning V däri innehåller en förteckning över skyldigheter rörande utförande av tjänsterna. På grundval av dessa moment är jag benägen att inta uppfattningen att avtalen om samordnat agerande innebär ett ömsesidigt förpliktande förhållande.⁸²

79. Vad för det andra beträffar begreppet ekonomiska medel föreskriver artikel 22.2 i dekret 181/2017 att den upphandlande myndigheten som mest ska betala de rörliga, fasta och permanenta kostnaderna för tjänsterna i fråga utan att innefatta affärsvinst för denna enhet. Fastän användarna av tjänsterna i fråga vanligtvis inte betalar för tillhandahållande av dessa tjänster, utom i undantagsfall när de kan vara skyldiga att betala en avgift som tidigare godkänts,⁸³ ersätts enheterna i fråga för kostnaderna för tjänsterna. I detta avseende har domstolen redan uttalat att ett kontrakt inte kan falla utanför tillämpningsområdet för detta begrepp på grund av att ersättningen är begränsad till ersättning för utgifter som ådragits för tillhandahållande av tjänsten. Med andra ord uppfyller en ersättning som endast avser kostnadstäckning kriteriet ”ekonomiska medel” vid tillämpning av direktiven om offentlig upphandling.⁸⁴ Härav följer att den nationella domstolens roll endast är att säkerställa att ett värde tillhandahålls men inte att pröva lämpligheten av vederlaget. Avsaknad av vinst för de enheter som tillhandahåller tjänsterna saknar således betydelse vid fastställandet av förekomsten av ekonomiska medel.

80. Följden är att det i förevarande mål föreligger ett vederlag enligt avtalen i fråga om samordnat agerande, eftersom å ena sidan enheterna tillhandahåller sociala tjänster till enskilda enligt villkoren som anges av den offentliga myndigheten och å andra sidan mottager dessa enheter i gengäld ersättning i form av ersättning för kostnader av den offentliga myndigheten. Min slutsats är att kriteriet förekomst av ett kontrakt med ekonomiska medel är uppfyllt i förevarande mål.

⁸¹ Dom av den 10 september 2020, *Tax-Fin-Lex* (C-367/19, EU:C:2020:685, punkterna 25 och 26 och där angiven rättspraxis).

⁸² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 mars 2010, *Helmut Müller* (C-451/08, EU:C:2010:168, punkterna 60–62).

⁸³ Se artikel 11.1 c i dekret 181/2017.

⁸⁴ Se dom av den 12 juli 2001, *Ordine degli Architetti m.fl.* (C-399/98, EU:C:2001:401, punkt 77) och dom av den 18 januari 2007, *Auroux m.fl.* (C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 45). Det är värt att notera att i hennes förslag till avgörande i målet *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl.* (C-159/11, EU:C:2012:303, punkt 32) anför generaladvokaten Trstenjak att ”det kan dessutom hävdas att enbart en extensiv tolkning av begreppet ”ekonomiska villkor” medför att syftet med direktiven om offentlig upphandling, vilket består i en öppning av marknaderna för en verklig konkurrens, uppnås”.

2) Ett kontrakt mellan en ekonomisk aktör och en eller flera upphandlande myndigheter

81. Det är viktigt att understryka att begreppen ”ekonomisk aktör” och ”upphandlande myndigheter” båda är mycket vida enligt direktiv 2014/24 och enligt rättspraxis rörande regler om offentlig upphandling. Enligt min mening är det senare begreppet uppenbart inte en fråga i förevarande mål, eftersom avtalen om samordnat agerande ingås av myndigheterna i regionen Valencia.⁸⁵

82. Beträffande begreppet ”ekonomisk aktör” enligt artikel 2.1.10 i direktiv 2014/24 omfattar det varje enhet oavsett dess karaktär som bland annat erbjuder tillhandahållande av tjänster på marknaden. Denna definition återspeglar rättspraxis enligt vilken vid tillämpning av unionens regler om offentlig upphandling det saknar betydelse vad enheten är, i stället betonas vad den gör.⁸⁶

83. I förevarande mål är den nationella lagstiftningen i fråga tillämplig på ”enheter med sociala verksamhetsmål” vilka definieras i artikel 3 e i dekret 181/2017 som stiftelser, sammanslutningar, frivilligorganisationer och andra enheter utan vinstsyfte som utövar verksamhet avseende sociala tjänster. Denna definition avser också kooperativa sammanslutningar som betecknas som organisationer utan vinstsyfte i enlighet med den specifika lagstiftningen därom.⁸⁷ Enligt fast rättspraxis är det irrelevant att en upphandlande myndighet och en organisation utan vinstsyfte är parter.⁸⁸

84. Jag kommer således till slutsatsen att villkoret avseende ett kontrakt mellan en ekonomisk aktör och en eller flera upphandlande myndigheter är uppfyllt.

3) Ett kontrakt för tillhandahållande av tjänster

85. Villkoret avseende ”kontrakt för tillhandahållande av tjänster” avser kontraktets materiella innehåll och förutsätter identifiering av dess syfte.

86. Artikel 6.2 i dekret 181/2017 definierar de tjänster som kan tillhandahållas enligt avtalen i fråga om samordnat agerande, vilka förtecknas i bilaga till detta dekret. Som nämnts i punkt 57 ovan måste den hänskjutande domstolen först kontrollera huruvida dessa tjänster innebär en ”ekonomisk verksamhet” och följaktligen omfattas av tillämpningsområdet för de grundläggande friheterna och för direktiv 2014/24.⁸⁹

87. Svaranden och den spanska regeringen har lagt avsevärd vikt vid det faktum att artikel 1.5 i direktiv 2014/24 uttryckligen anger att detta direktiv inte påverkar det sätt varpå medlemsstaterna organiserar sina system för social trygghet och att skäl 6 i samma direktiv anger att ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde”. Min uppfattning är emellertid att i förevarande mål ifrågasätts inte direkt

⁸⁵ Se artikel 2.1 och 2.2 i dekret 181/2017.

⁸⁶ Se dom av den 29 november 2007, kommissionen/Italien (C-119/06, ej publicerad, EU:C:2007:729, punkterna 37–41), dom av den 23 december 2009, CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807, punkterna 30 och 45) och dom av den 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce m.fl. (C-159/11, EU:C:2012:817, punkt 26). Se, även, förslag till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:291, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

⁸⁷ Det faktum att dekret 181/2017 undantar enheter med vinstsyfte från tillhandahållande av de sociala tjänsterna i fråga kommer att behandlas i avsnitt III.B.3. i detta förslag till avgörande.

⁸⁸ Se rättspraxis som angetts i fotnot 86.

⁸⁹ Se avsnitt III.B.1. i detta förslag till avgörande.

medlemsstaternas frihet att avgöra hur offentliga medel ska fördelas. När en offentlig myndighet beslutar att genomföra en upphandling i den mening som avses i artikel 1.2 i direktiv 2014/24 och att ingå ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 2.1.5 däri, omfattas det senare av tillämpningsområdet för detta direktiv och reglerna om offentlig upphandling som anges i detta direktiv ska därför tillämpas.

88. Om detta är fallet innehåller direktiv 2014/24 specifika bestämmelser avseende sociala och andra specifika tjänster som förtecknas i bilaga XIV till detta direktiv. Denna förteckning innefattar flera CPV-koder, som omfattas av de förenklade reglerna som fastläggs i artiklarna 74–76 i direktiv 2014/24. Denna bilaga specificerar i en fotnot att endast tjänster avseende obligatorisk socialförsäkring, under CPV 75300000–9, ”omfattas inte av detta direktiv om de är organiserade i form av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”.⁹⁰

89. Av den information som föreligger vid domstolen framgår inte klart huruvida tjänsterna i fråga finns i denna förteckning eller bland de obligatoriska sociala tjänster som medlemsstaterna kan undanta från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24. De skriftliga frågor som ställts till parterna har inte löst detta problem.

90. Jag intar därför ståndpunkten att den hänskjutande domstolen ska genomföra nödvändiga kontroller och jämföra förteckningen som är bilagd dekret 181/2017 med förteckningen i bilaga XIV till direktiv 2014/24.⁹¹ Om tjänsterna i bilagan till dekret 181/2017 omfattas av CPV-koderna i bilaga XIV till direktivet med undantag för de ovannämnda obligatoriska tjänsterna för social trygghet, omfattas dessa förtecknade tjänster av tillämpningsområdet för de ”förenklade reglerna” som fastläggs i artiklarna 74–76 i direktiv 2014/24. I den följande bedömningen kommer jag att utgå från att några av de tjänster som är i fråga omfattas av dessa regler. Eftersom förfaranden, parter och materiellt innehåll har definierats övergår jag till prövning av huruvida avtalen i fråga om samordnat agerande överstiger tröskelvärdet som angetts i direktiv 2014/24.

c) Kriterierna för tröskelvärdet

91. Tröskelvärdet för tjänstekontrakt avseende sociala tjänster och andra specifika tjänster som anges i bilaga XIV till direktiv 2014/24, för vilka ”förenklade regler” gäller som fastställs i artiklarna 74–76 i samma direktiv, framgår av artikel 4 d i detta direktiv. Denna anger att direktiv 2014/24 ska tillämpas på upphandlingar vars värde beräknas uppgå till minst 750 000 EUR.⁹²

⁹⁰ ASADE har påstått att tjänsterna i fråga inte omfattas av tillämpningsområdet för de tjänster som undantas från direktivet enligt skäl 6 och bilaga XIV (CPV-kod 75300000–9) och förefaller i sina skriftliga svar på domstolens frågor ange att tjänsterna i fråga omfattas av CPV-koderna från 85000000–9 till 85321000–5. Detta påstående ska undersökas av den hänskjutande domstolen som är ensamt behörig att tolka den nationella lagstiftningen i fråga.

⁹¹ Se, analogt, dom av den 21 mars 2019, Falck Rettungsdienste och Falck (C-465/17, EU:C:2019:234, punkt 37).

⁹² Bestämmelsen anger att det är värdet exklusive mervärdesskatt.

92. I detta avseende är det viktigt att framhålla att enligt skäl 114 i direktiv 2014/24 har vissa kategorier av tjänster, bland annat vissa sociala tjänster, en begränsad gränsöverskridande dimension och hör därför till en specifik ordning med ett högre tröskelvärde än det som gäller för andra tjänster.⁹³

93. De regler som fastställs i direktiv 2014/24 är således inte tillämpliga på upphandlingar med ett värde under det tröskelvärde som fastställs i artikel 4 d i detta direktiv.⁹⁴ Sådana upphandlingar ska ändå uppfylla reglerna om fri rörlighet samt principerna om likabehandling, ömsesidigt erkännande, icke-diskriminering och proportionalitet.⁹⁵

94. I förevarande mål förefaller inte den nationella lagstiftningen i fråga ge någon information om det ekonomiska värdet av de tjänster som avses med avtalen om samordnat agerande. Mot bakgrund av att tröskelvärdet i artikel 4 d i direktiv 2014/24 är avsevärt kan det inte uteslutas att värdet i vissa fall överstiger detta tröskelvärde medan det i andra fall kan vara lägre än detta tröskelvärde. Det ankommer därför på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida detta villkor i direktiv 2014/24 uppfylls av avtalen i fråga om samordnat agerande.

95. Om samtliga förutnämnda villkor i artiklarna 1.2, 2.1.5 och 4 d i direktiv 2014/24 är uppfyllda omfattas avtalen i fråga om samordnat agerande av tillämpningsområdet för detta direktiv. Som svar, i synnerhet, på den hänskjutande domstolens frågor har jag uppfattningen att enbart förhållandet att dessa avtal grundas på principen om solidaritet betyder inte att de sistnämnda ska undantas från begreppet offentliga kontrakt i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24. Vidare saknar omständigheterna att tjänsterna i fråga ersätts av myndigheterna, att de inte medför vinst för de enheter som tillhandahåller dem eller att de tillhandahålls gratis till användarna, betydelse för avgörandet av frågan huruvida det föreligger ett sådant offentligt kontrakt. Beträffande villkoren som anges i artiklarna 1.2 och 4 d rörande upphandling respektive tröskelvärde ankommer det emellertid på den hänskjutande domstolen att fastställa huruvida förfarandet och kontraktens värde uppfyller de nödvändiga villkoren.

96. Jag övergår nu till kärnan i frågan: kan enheter med vinstsyfte undantas från att ingå offentliga kontrakt enligt de specifika bestämmelserna i direktiv 2014/24?

3. Reserverade kontrakt och de förenklade reglerna enligt direktiv 2014/24

97. Med antagande av att i vart fall vissa av avtalen i fråga om samordnat agerande i det nationella målet omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 begär den hänskjutande domstolen besked huruvida de ”förenklade reglerna” som omfattar dessa avtal tillåter att medlemsstaterna undantar enheter med vinstsyfte från varje möjlighet att ingå sådana avtal.

98. De specifika bestämmelserna i direktiv 2014/24 anger inte huruvida offentliga kontrakt på området för sociala tjänster ska reserveras för enheter utan vinstsyfte. Artiklarna 20 och 77.1 i direktiv 2014/24 tillåter emellertid uttryckligen medlemsstaterna att bestämma den typ av organisationer som får delta i förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt avseende vissa

⁹³ Jag måste emellertid framhålla att vissa kontrakt kan ha en gränsöverskridande dimension även om deras värde är lägre än det ovannämnda tröskelvärdet, exempelvis om upphandlingsförfarandet äger rum på områden nära andra unionsmedlemsstaters gränser (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso (C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, punkt 31), och dom av den 17 november 2015, RegioPost(C-115/14, EU:C:2015:760, punkt 51)). Denna utvidgning förefaller inte vara tillämplig i förevarande mål.

⁹⁴ Se, analogt, beslut av den 7 juli 2016, Sá Machado & Filhos (C-214/15, ej publicerat; EU:C:2016:548, punkt 29).

⁹⁵ Se, för ett liknande resonemang, skäl 1 i direktiv 2014/24.

sociala tjänster.⁹⁶ Offentliga kontrakt avseende sociala tjänster som anges i artikel 74 som inte omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 20 och 77.1 i direktiv 2014/24 är föremål för de förenklade reglerna i artiklarna 74–76 i detta direktiv, vilket enligt min uppfattning ska prövas i andra hand.

a) Reserverade kontrakt

99. Eftersom artiklarna 20 och 77.1 i direktiv 2014/24 utgör ett undantag från de allmänna regler som fastställs i detta direktiv anser jag att tillämpningsområdet för dessa bestämmelser ska tolkas restriktivt. Detta betyder i synnerhet att dessa bestämmelser innehåller en uttömmande förteckning över de fall som kan vara föremål för reserverade kontrakt.

1) Reserverade kontrakt enligt artikel 20 i direktiv 2014/24

100. Artikel 20 i direktiv 2014/24 behandlar två alternativa situationer: i) möjligheten för upphandlande myndigheter att reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer eller ii) möjligheten att fullgöra dessa kontrakt inom ramen för program för skyddad anställning.⁹⁷

101. Medan det är den hänskjutande domstolens uppgift att fastställa tillämpligheten av denna bestämmelse på tjänsterna i fråga är det min uppfattning att tillämpning av denna bestämmelse i förevarande mål inte kan uteslutas. Avsnitt IV i bilagan till dekret 181/2017 omfattar personer med "funktionell mångfald" och punkt 2 i synnerhet i denna bilaga behandlar deras sociala integration. Därför kan artikel 20 i direktiv 2014/24 vara tillämplig i den mån som avtalen i fråga om samordnat agerande rör mottagare som är sådana personer.

102. Denna artikel tillåter, men tvingar inte, upphandlande myndigheter att reservera kontrakt för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer med sociala verksamhetsmål eller fullgöra dessa kontrakt inom ramen för program för skyddad anställning. Frågan huruvida medlemsstaterna kan införa ytterligare begränsningar enligt denna bestämmelse som begränsar kretsen av godkända deltagare, och således reservera upphandlingar, prövades nyligen av domstolen i målet Conacee.⁹⁸

103. I detta mål framhöll domstolen att det följer av ordalydelsen i artikel 20.1 i direktiv 2014/24 och av direktivets syfte att den inte innehåller en uttömmande uppräkningslista av de villkor enligt vilka en upphandlande myndighet kan begränsa typen av ekonomiska aktörer med vilka den kan ingå ett reserverat kontrakt. I stället ger direktivet medlemsstaterna möjlighet att införa ytterligare villkor under förutsättning att dessa ytterligare villkor bidrar till att genomföra de social- och arbetsmarknadspolitiska mål som eftersträvas med artikel 20 i direktiv 2014/24. Domstolen förklarade i enlighet med generaladvokaten Tanchevs förslag att kraven enligt denna

⁹⁶ Det är fast rättspraxis att de enda tillåtna undantagen från tillämpning av direktiv 2014/24 är de som uttryckligen nämns däri (se dom av den 18 januari 2007, Auroux m.fl. (C-220/05, EU:C:2007:31, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

⁹⁷ Se beträffande bakgrunden till lagstiftningen om reserverade kontrakt enligt artikel 20 förslag till avgörande av generaladvokaten Tanchev i målet Conacee (C-598/19, EU:C:2021:349, punkt 60).

⁹⁸ Dom av den 6 oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810).

bestämmelse ska betraktas som minimikrav,⁹⁹ som ger medlemsstaterna frihet att begränsa den krets av deltagare som tillåts att delta i deras reserverade upphandlingsförfaranden enligt artikel 20 i direktiv 2014/24.¹⁰⁰

104. Det följer av det föregående att medlemsstaterna kan lägga till kriterier, såsom kriteriet att undanta enheter med vinstsyfte som anges i den nationella lagstiftningen, i den mån som sådant undantag ”bidrar till att genomföra de social- och arbetsmarknadspolitiska mål som eftersträvas med denna bestämmelse”.¹⁰¹ Det bör emellertid nämnas att i förevarande mål har domstolen inte erhållit någon information beträffande skälen till detta undantag av den nationella lagstiftaren. Man kan hävda att enheter utan vinstsyfte har en mer social dimension än enheter med vinstsyfte och därför är bättre lämpade att eftersträva dessa mål. Det kan å andra sidan påstås att enheter med vinstsyfte kan tillhandahålla tjänster av hög kvalitet till låga kostnader och därför kan eftersträva dessa mål. Det ankommer helt på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida undantaget i fråga bidrar till ”att genomföra ... social- och arbetsmarknadspolitiska mål”.

105. Här måste jag understryka att det finns två begränsningar av den valmöjlighet som ges i artikel 20.1 i direktiv 2014/24.

106. För det första kräver artikel 20.2 i detta direktiv att medlemsstaterna gör en uttrycklig hänvisning i anbudsinfordran till denna artikel när de nyttjar möjligheten som ges i artikel 20 utan vilken sådana kontrakt inte kan reserveras. I förevarande mål måste den hänskjutande domstolen förvissa sig om huruvida detta krav har uppfyllts.

107. För det andra ska medlemsstaterna när de nyttjar möjligheten som ges i artikel 20 i direktiv 2014/24 bland annat iaktta etableringsfriheten samt de principer som följer därav såsom principerna om likabehandling och proportionalitet.¹⁰² Vad beträffar de sociala tjänsterna i fråga i det nationella målet vars användare är personer med funktionell mångfald ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida de villkor som anges i den nationella lagstiftningen är nödvändiga och lämpliga för att säkerställa integration av dessa personer som krävs enligt artikel 20.1 i direktiv 2014/24. Det är värt att notera att EU-domstolen dessutom redan förklarat att när medlemsstaterna begränsar reserverade kontrakt för frivilligorganisationer åsidosätts i huvudsak inte likställighetsprincipen.¹⁰³

2) Reserverade kontrakt enligt artikel 77 i direktiv 2014/24

108. Artikel 77.1 i direktiv 2014/24 är tillämplig på vissa specifika sociala tjänster. Medan det förefaller vara möjligt att några av de tjänster som anges i bilagan till dekret 181/2017 omfattas av artikel 77 anser jag att det är klart att varken enheterna eller avtalen i fråga om samordnat agerande uppfyller villkoren som fastställs i artikel 77.2 och 77.3 i direktiv 2014/24.

⁹⁹ Förslag till avgörande av generaladvokaten Tachev i målet Conacee (C-598/19, EU:C:2021:349, punkt 40).

¹⁰⁰ Dom av den 6 oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, punkterna 24–28).

¹⁰¹ Dom av den 6 oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, punkt 28).

¹⁰² Dom av den 6 oktober 2021, Conacee (C-598/19, EU:C:2021:810, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

¹⁰³ Beträffande direktiv 2004/18 förklarade domstolen att när offentliga kontrakt avseende medicinska transporter kunde omfattas bland de tjänstekontrakt som avsågs med bilaga II B till detta direktiv och därför inte var föremål för samtliga dess bestämmelser, kunde dessa kontrakt reserveras för frivilligorganisationer utan att därvid åsidosätta principen om likabehandling (dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 59)).

109. Ordalydelsen och allmänna systematiken i artikel 77 i detta direktiv ger inte mycket ledning beträffande dess tolkning.¹⁰⁴ Skäl 118 i direktiv 2014/24 förklarar syftet med upphandlingsförfaranden som kan reserveras för specifika enheter enligt artikel 77 i detta direktiv. Detta skäl anger att för att sörja för kontinuitet i offentliga tjänster bör detta direktiv tillåta att deltagande i upphandlingsförfaranden för vissa tjänster på områdena för sociala tjänster kan förbehållas vissa organisationer på grundval av personalens ägande eller aktiva deltagande i förvaltningen, och befintliga organisationer såsom kooperativ. Medlemsstaterna kan därför begränsa kretsen av deltagare till sådana organisationer som deltar i tillhandahållande av dessa tjänster till slutanvändarna. Det framgår av dessa förklaringar att upphandlingsförfaranden enligt artikel 77 i direktiv 2014/24 endast är en underavdelning av upphandling enligt de förenklade reglerna och att de villkor som anges i denna bestämmelse därför ska tolkas restriktivt.¹⁰⁵

110. Artikel 77.2 i detta direktiv innehåller en förteckning över fyra kumulativa villkor. De tre första rör ledningen av de enheter som tillhandahåller tjänsterna medan det fjärde behandlar begränsningen av senare återkommande kontrakt. I förevarande mål förefaller såvitt gäller den nationella lagstiftningen i fråga det tredje och fjärde av dessa villkor ha betydelse. Å ena sidan förefaller inte den nationella lagstiftningen i fråga vara riktad till enheter vars ekonomiska ledning grundas på personalens ägande eller deltagande.¹⁰⁶ Således är det högst osannolikt att enheterna som är parter i avtalen i fråga om samordnat agerande uppfyller villkoren som fastställs i artikel 77.2 c i direktiv 2014/24. Å andra sidan har jag inte funnit vid genomgång av den nationella lagstiftningen i fråga en ”icke-repeterings” klausul som den som motsvarar artikel 77.2 d i direktiv 2014/24. Tvärt emot förefaller den sista meningen i artikel 23 i dekret 181/2017 tillåta förnyelse av kontraktet till och med efter den tioåriga förlängningen som föreskrivs i denna artikel. Den nationella lagstiftningen i fråga förefaller därför inte uppfylla kriterierna i artikel 77.2 i direktiv 2014/24.

111. Inte heller uppfyller avtalen i fråga om samordnat förfarande villkoret som anges i artikel 77.3 i direktiv 2014/24 enligt vilken den maximala löptiden för kontraktet inte får överstiga tre år. Enligt artikel 23 i dekret 181/2017 kan dessa avtal ingås för en maximal löptid om fyra år och i förekommande fall förlängas upp till 10 år (med möjligheten att ingå ett annat avtal omedelbart därefter).

112. Mot bakgrund av det föregående är det min slutsats att artikel 77 i direktiv 2014/24 inte är tillämplig på förevarande mål.

113. Jag kommer att fortsätta med utgångspunkten att såvitt gäller avtalen om samordnat agerande som omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 ska, förutom dem som omfattas av artikel 20 däri, återstoden av dessa avtal uppfylla kriterierna enligt de förenklade reglerna som fastställs i artiklarna 75 och 76 i detta direktiv.

¹⁰⁴ Förarbetena till artikel 77 ger inte mycket ledning beträffande dess tolkning, eftersom denna bestämmelse inte från början fanns i kommissionens föreslagna lagstiftning [se Förslag till Europaparlamentets och rådet direktiv om offentlig upphandling/COM/2011/0896 final - 2011/0438 (COD)] och den lades till senare i lagstiftningsförfarandet [se Europaparlamentets ståndpunkt vilken fastställdes vid första behandlingen den 15 januari 2014 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/.../EU om offentlig upphandling och upphävande av direktiv 2004/18/EG(EP-PE_TC1-COD(2011)0438)].

¹⁰⁵ Enligt vissa författare infördes denna bestämmelse för att beakta specifika behov för Förenade kungariket. Den är endast tillämplig på en viss underavdelning av tjänsterna med de förenklade reglerna (se Turudić, sid 867, angiven i fotnot 7 ovan och den litteratur angiven av denna författare). Denna inställning bekräftas av de två sista meningarna i skäl 118 i direktiv 2014/24, som antyder att vissa tjänster som omfattas av de förenklade reglerna kan bli föremål för den ordning som fastställs i artikel 77 i detta direktiv.

¹⁰⁶ Som förklarats av den norska regeringen behandlar artikel 77 i direktiv 2014/24 möjligheten att reservera kontrakt för vissa nystartade företag av personer som tidigare var anställda inom den offentliga sektorn. Den är inte begränsad till organisationer utan vinstsyfte utan omfattar även kommersiella enheter.

b) Reglerna enligt artiklarna 75 och 76 i direktiv 2014/24

114. Den hänskjutande domstolen vill i huvudsak få besked huruvida de offentliga myndigheterna får ingå avtal om samordnat agerande enbart med privata enheter utan vinstsyfte enligt vilka dessa myndigheter anförtror dessa enheter vissa sociala tjänster som anges i artikel 74 i direktiv 2014/24. För att besvara denna fråga måste jag vända mig till de regler som fastläggs i artiklarna 75 och 76 i detta direktiv som bland annat behandlar skyldigheten att offentliggöra meddelanden respektive likställighetsprincipen.

115. Artikel 75 i direktiv 2014/24, som rör offentliggörande av meddelanden, kräver att upphandlande myndigheter som har för avsikt att tilldela ett offentligt kontrakt ska informera Europeiska unionens publikationsbyrå¹⁰⁷ genom ett meddelande om upphandling eller genom ett förhandsmeddelande. Artikel 74 i direktiv 2014/24 inför ett särskilt upphandlingssystem för offentliga kontrakt avseende sociala och andra särskilda tjänster när värdet på kontrakten uppgår till eller överstiger det tröskelvärde som anges i artikel 4 d däri. Artikel 75 i detta direktiv understryker förhållandet att offentliga myndigheter fortfarande ska iaktta reglerna om offentliggörande av upphandlingsmeddelanden rörande dessa offentliga upphandlingar. Detta krav är därvid ett uttryck för principen om öppenhet som fastställs i avsnitt 2 och artikel 76.1 i detta direktiv.

116. I förevarande mål offentliggörs relevanta meddelanden om upphandling av Diari Oficial de la Generalitat Valenciana (Officiell tidning för regionen Valencia) enligt artikel 13.2 i dekret 181/2017. Detta sätt för offentliggörande av meddelanden om upphandling som är begränsat till regionen Valencia uppfyller inte enligt min mening kraven enligt artikel 75.1 i direktiv 2014/24, som specifikt hänvisar till förfarandet som fastläggs i artikel 51 när den upphandlande myndigheten väljer att offentliggöra ett meddelande om upphandling. Den nationella lagstiftningen i fråga förefaller följaktligen inte uppfylla kraven på öppenhet som anges i artikel 75.1 i direktiv 2014/24.

117. Enligt artikel 76.1 i detta direktiv ska medlemsstaterna även enligt de förenklade reglerna bland annat iaktta principen om likabehandling av ekonomiska aktörer. Det bör erinras om att direktiv 2014/24 avser trygga etableringsfriheten samt de principer som härflyter från de grundläggande friheterna såsom om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.¹⁰⁸

118. Den hänskjutande domstolen ska följaktligen pröva huruvida den nationella lagstiftningen i fråga i det nationella målet som i praktiken tillåter att enheter med vinstsyfte undantas från att tillhandahålla vissa sociala tjänster enligt avtal om samordnat agerande enligt dekret 181/2017¹⁰⁹ är förenlig med dessa principer.

¹⁰⁷ Se artiklarna 48–51 i direktiv 2014/24.

¹⁰⁸ Skäl 1 i direktiv 2014/24. Se också dom av den 3 oktober 2019, Irgita (C-285/18, EU:C:2019:829, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

¹⁰⁹ Se punkt 83 ovan.

119. Det bör erinras om att principen om likabehandling enligt fast rättspraxis innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.¹¹⁰ Jämförbarheten i situationerna ska bedömas utifrån föremålet för och syftet med den unionsrättsakt genom vilken den ifrågavarande skillnaden i behandling införs.¹¹¹

120. I förevarande mål måste således den hänskjutande domstolen avgöra huruvida ”enheterna med socialt verksamhetsmål” som definierats i artikel 3 e i dekret 181/2017 är i samma situation som enheter med vinstsyfte avseende det mål som eftersträvas med de förenklade reglerna enligt artiklarna 74–76 i direktiv 2014/24.¹¹²

121. Beträffande dessa mål förklarar skäl 114 i detta direktiv att de förenklade reglerna rörande i synnerhet vissa sociala tjänster ska fastställas med hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och dessa tjänsters känslighet. Därför, och med beaktande av ordalydelsen i artikel 1.5 i direktiv 2014/24, bör medlemsstaterna ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt som de finner lämpligast. Detta skäl tillägger målen om att förenkla och lätta den administrativa bördan för upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer.

122. Enligt min mening ska detta skäl jämföras med artikel 76.2 i direktiv 2014/24 som hänvisar till tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning samt olika användarkategoriernas specifika behov. Det förefaller därför som att det är den specifika beskaffenheten av de sociala tjänsterna i fråga som motiverar förekomsten av de förenklade reglerna. Det relevanta kriteriet förefaller därför vara beskaffenheten av de sociala tjänsterna i fråga som tillhandahålls av de två kategorierna av enheter.¹¹³

123. I förevarande mål har svaranden och den spanska regeringen inte förklarat varför enheter med vinstsyfte automatiskt utesluts från tillämpningsområdet för dekret 181/2017. Medan det kan hävdas att ”enheter med socialt verksamhetssyfte” som definieras i artikel 3 e i dekret 181/2017 och enheter med vinstsyfte har olika rättslig karaktär och verkar på olika sätt kan de två kategorierna av enheter också utföra likadana sociala tjänster och tillhandahålla tjänster av samma kvalitet till samma kostnad. Följden är, villkorad av den hänskjutande domstolens bedömning, att dessa två kategorier av enheter kan vara i en jämförbar situation beträffande målet för reglerna enligt artiklarna 74–76 i direktiv 2014/24.

124. Enligt fast rättspraxis får vidare inte enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland unionsrättens allmänna rättsprinciper, de regler som medlemsstaterna fastställer vid genomförandet av bestämmelserna i direktiv 2014/24 gå utöver gränserna för vad som är nödvändigt för att uppnå målen för detta direktiv.¹¹⁴ I detta sammanhang står det klart att domstolens praxis inte kan tolkas på det sättet att det är tillåtet att vissa enheter undantas från tillämpningen av de förenklade reglerna endast på grund av förhållandet att de har vinstsyfte.¹¹⁵

¹¹⁰ Se, bland annat, dom av den 14 december 2004, *Swedish Match* (C-210/03, EU:C:2004:802, punkt 70 och där angiven rättspraxis).

¹¹¹ Se, bland annat, dom av den 1 mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats m.fl.* (C-236/09, EU:C:2011:100, punkt 29).

¹¹² Se, analogt, dom av den 6 oktober 2021, *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:810, punkt 38).

¹¹³ Svaranden själv lägger avsevärd vikt vid denna aspekt genom att framhålla att direktiv 2014/24 syftar till att beakta de specifika kännetecknen för tjänster till personer (se punkt 17 i svarandens yttrande).

¹¹⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2021, *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:810, punkterna 42–44 och där angiven rättspraxis). Se, analogt, dom av den 23 november 2017, *Di Maura* (C-246/16, EU:C:2017:887, punkt 25) och dom av den 26 april 2012, *kommissionen/Nederländerna* (C-508/10, EU:C:2012:243, punkt 75).

¹¹⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 oktober 2021, *Conacee* (C-598/19, EU:C:2021:810, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

125. I synnerhet förstår jag inte hur ett automatiskt undantag av enheter med vinstsyfte från tillämpning av nationell lagstiftning säkerställer att tjänsterna i fråga tillhandahålls på ett lämpligt sätt samtidigt som de förenklar och lättar på den administrativa bördan som nämns i skäl 114 i direktiv 2014/24. Dessutom förefaller inte ett sådant automatiskt undantag bidra till tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning som krävs enligt artikel 76.2 i direktiv 2014/24. Vid införlivande av de förenklade reglerna förefaller det vara lämpligare att inrikta sig på förmågan att tillhandahålla kostnadseffektiva, sociala tjänster med kvalitet snarare än på karaktären av den enhet som tillhandahåller dessa tjänster.¹¹⁶

126. Det är följaktligen enligt min uppfattning oförståeligt att ett sådant undantag vare sig är motiverat eller proportionerligt och det strider därför mot principen om likabehandling.

4. Etableringsfrihet

127. Om avtalen i fråga om samordnat agerande inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2014/24,¹¹⁷ vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att säkerställa, betyder emellertid inte detta att dessa avtal med nödvändighet undantas från tillämpningsområdet för unionsrätten. Det följer av domstolens fasta praxis att avtalen i fråga om samordnat agerande ändå kan omfattas av de grundläggande friheterna och allmänna principerna i unionsrätten, i synnerhet principerna om likabehandling och icke-diskriminering på grund av nationalitet och det tillhörande kravet på öppenhet, förutsatt att dessa avtal har en viss gränsöverskridande dimension.¹¹⁸ Under denna förutsättning är dessutom dessa grundläggande friheter och principer tillämpliga om de berörda aktörerna inte har några valmöjligheter. Domstolen har redan förklarat att etableringsfriheten och principen om likabehandling, till skillnad från direktiv 2014/24, är tillämpliga på olika system med koncessioner när det inte föreligger valmöjlighet.¹¹⁹

128. Eftersom domstolen som nämnts ovan inte har erhållit information beträffande värdet av avtalen i fråga om samordnat agerande i förevarande mål förmodar jag att i några fall värdet av dessa avtal överstiger tröskelvärdet som anges i artikel 4 d i direktiv 2014/24 medan värdet i andra fall understiger detta värde,¹²⁰ vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera.¹²¹ I de sistnämnda fallen vill jag framhålla att domstolen redan har förklarat att på grund av att värdet var ”av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende” är det rimligt att anta att avtalet i fråga inte skulle vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat än den där avtalet tilldelades med resultatet att tillämpning av de regler som fastställs i primär unionsrätt inte är motiverad.¹²²

¹¹⁶ Se punkt 122 ovan.

¹¹⁷ Om värdet av den offentliga upphandlingen exempelvis inte når det tröskelvärde som anges i artikel 4 d i direktiv 2014/24 är bestämmelserna i detta direktiv inte tillämpliga.

¹¹⁸ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso (C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, punkterna 20 och 21), dom av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkterna 45 och 46), dom av den 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punkt 32) och dom av den 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punkt 16).

¹¹⁹ Se dom av den 16 februari 2012 i målet Costa och Cifone (C-72/10 och C-77/10, EU:C:2012:80, punkterna 70–73 och där angiven rättspraxis).

¹²⁰ Se punkt 94 ovan.

¹²¹ I motsats till de fall där domstolen har förklarat att talan inte kan tas upp till sakprövning då den hänskjutande domstolen inte har presenterat någon utredning för domstolen rörande förekomsten av en gränsöverskridande dimension (se, bland annat, dom av den 6 oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni (C-318/15, EU:C:2016:747) rör det nationella målet i förevarande fall talan om ogiltigförklaring, vilket betyder att punkt 51 i domen av den 15 november 2016 i målet Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874) är tillämplig (se punkt 38 ovan). En sådan dimension presumeras därför föreligga.

¹²² Se, för ett liknande resonemang, domen av den 21 juli 2005 i målet Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, punkt 20).

129. Förutsatt att de sociala tjänster som avses med avtalen i fråga om samordnat agerande utgör en ekonomisk verksamhet och har en gränsöverskridande dimension ska därför den hänskjutande domstolen pröva huruvida avsaknaden av tillräckligt offentliggörande av anbudsinfordran och det faktiska undantaget för enheter med vinstsyfte utgör ett hinder för etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF och kränkning av de tillhörande principerna om likabehandling och öppenhet.¹²³

130. Beträffande etableringsfriheten och principen om likabehandling har domstolen redan förklarat att kravet att de aktörer som önskar utöva en viss ekonomisk verksamhet ska ha en specifik rättslig form utgör en inskränkning i deras etableringsfrihet i den mening som avses i artikel 49 FEUF. Ett sådant krav hindrar nämligen ekonomiska aktörer i hemmedlemsstaten som har en annan rättslig form från att upprätta en sekundär etablering i värdmedlemsstaten.¹²⁴

131. Men då denna inskränkning inte innebär direkt diskriminering på grund av nationalitet kan den också eftersträva ett mål som erkänns som giltigt enligt unionsrätten. I detta avseende anser jag att det resonemang som angetts i punkterna 122–125 i detta förslag till avgörande avseende motiveringen för och proportionaliteten av den nationella lagstiftningen är tillämpligt här efter vederbörliga ändringar. I avsaknad av motivering från de spanska myndigheterna rörande undantag av enheter med vinstsyfte från avtalen i fråga om samordnat agerande förefaller den nationella lagstiftningen stå i strid med etableringsfriheten och principen om likabehandling. Under alla förhållanden förefaller det automatiska undantaget av enheter med vinstsyfte från den nationella lagstiftningens tillämpningsområde inte vara lämpligt, eftersom det inte är inriktat på de tillhandahållna tjänsternas beskaffenhet och kvalitet utan snarare på enhetens rättsliga form. Det är den nationella domstolens uppgift att bestämma huruvida den nationella lagstiftningen eftersträvar ett mål som erkänns som giltigt i unionsrätten och, om detta är fallet, att bedöma huruvida denna lagstiftning är förenlig med principen om proportionalitet.

132. Vad gäller kravet på öppenhet enligt artikel 49 FEUF är det värt att påpeka att till skillnad från de specifika kraven som följer av direktiv 2014/24, kräver inte denna skyldighet att en anbudsinfordran offentliggörs i Europeiska unionens tidning. Denna skyldighet är i stället begränsad till att kräva en sådan grad av annonsering som är tillräcklig för att för det första säkerställa att upphandlingen är öppen för konkurrens och för det andra att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandet är opartiskt.¹²⁵

133. I förevarande mål förefaller lagstiftningen i fråga uppfylla de förutnämnda kraven på öppenhet då Diari Oficial de la Generalitat Valenciana är den officiella tidningen för regionen Valencias regering och således är det vanliga sättet för offentliggörande på området för offentlig upphandling.

134. Om villkoren för tillämpning av direktiv 2014/24 har uppfyllts är det min uppfattning att artiklarna 74–76 i detta direktiv ska tolkas på det sättet att de inte utgör hinder för nationell lagstiftning som tillåter offentlig myndighet att utan att uppfylla kraven på förfarandet enligt unionsrätten ingå ett offentligt kontrakt enligt vilket denna myndighet endast till enheter utan vinstsyfte anförtror tillhandahållandet av vissa sociala tjänster mot ersättning för de kostnader som dessa enheter ådrar sig, förutsatt att bestämmelserna i lagstiftningen är förenliga med

¹²³ I domen av den 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 "Spezzino" m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 50) förklarade domstolen att de allmänna principerna om öppenhet och likabehandling "följer" av artiklarna 49 och 56 FEUF.

¹²⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 1984, Klopp (107/83, EU:C:1984:270, punkt 19), dom av den 7 juli 1988, Stanton och L'Étoile 1905 (143/87, EU:C:1988:378, punkt 11), dom av den 29 april 2004, kommissionen/Portugal (C-171/02, EU:C:2004:270, punkt 42) och dom av den 9 september 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, punkt 28).

¹²⁵ Se, bland annat, dom av den 13 november 2008, Coditel Brabant (C-324/07, EU:C:2008:621, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

principerna om likabehandling och proportionalitet, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra. Artikel 75 i direktiv 2014/24 ska tolkas på det sättet att den utgör hinder för nationell lagstiftning som föreskriver att meddelanden om upphandling endast ska offentliggöras i den regionala officiella tidningen.

135. Beträffande de tjänster för vilka det angivna värdet är under tröskelvärdet som anges i artikel 4 d i direktiv 2014/24 och förfaranden som inte innebär ett val i den mening som avses i artikel 1.2 i detta direktiv ska etableringsfriheten som fastställs i artikel 49 FEUF tolkas på det sättet att den inte utgör hinder för sådan nationell lagstiftning, förutsatt att denna lagstiftning eftersträvar ett giltigt mål som erkänns i unionsrätten och är förenlig med principerna om likabehandling och proportionalitet, vilket ankommer på den nationella domstolen att förvissa sig om.

C. Den tredje frågan

136. Om de två första frågorna besvaras nekande vill den hänskjutande domstolen genom sin tredje fråga erhålla besked i huvudsak huruvida artiklarna 49 och 56 FEUF, artikel 76 i direktiv 2014/24 och artikel 15.2 i tjänstedirektivet ska tolkas på det sättet att de utgör hinder för nationell lagstiftning som föreskriver ett urvalskriterium för ingåendet av avtalen i fråga om samordnat agerande, enligt vilket upphandlande myndigheter kan fästa vikt vid att eventuella budgivare avseende tillhandahållande av de sociala tjänsterna i fråga är etablerade på den plats där dessa tjänster ska tillhandahållas.

137. För att besvara denna fråga kommer jag att bedöma ifrågavarande urvalskriteriums förenlighet med direktiv 2014/24, tjänstedirektivet och sedan med de grundläggande friheterna.

1. *Ifrågavarande urvalskriteriums förenlighet med direktiv 2014/24*

138. Beträffande ifrågavarande urvalskriteriums förenlighet med direktiv 2014/24 har frågan om ett geografiskt kriterium redan prövats i målet Grupo Hospitalario Quirón,¹²⁶ som rörde anbud på området för medicinska tjänster.¹²⁷ I synnerhet ombads domstolen att bedöma ett upphandlingskravs förenlighet med direktiv 2004/18 enligt vilket en anbudsgivare skulle vara belägen i den kommun där de medicinska tjänsterna i fråga skulle tillhandahållas. Domstolen fann att ett sådant krav utgjorde en ”geografisk begränsning av utförandet”.¹²⁸ Detta krav säkerställde inte lika och icke-diskriminerande tillgång till kontrakten i fråga för alla anbudsgivare, eftersom det medförde att tillgång till kontrakten i fråga endast förelåg för de anbudsgivare som kunde tillhandahålla tjänsterna i fråga i en inrättning som låg inom den kommun som valts av de upphandlande myndigheterna.¹²⁹

139. I förevarande mål framgår det av artikel 15.1 a i dekret 181/2017 att vid valet av de enheter med socialt verksamhets syfte som ska svara för tillhandahållande av de sociala tjänsterna i fråga får de upphandlande myndigheterna bland annat fästa vikt vid att dessa enheter är belägna inom det område inom vilket en viss tjänst ska tillhandahållas.¹³⁰ Jag anser således att det geografiska

¹²⁶ Dom av den 22 oktober 2015 (C-552/13, EU:C:2015:713).

¹²⁷ Målet gällde offentliga kontrakt på sjukvårdssektorn inom tillämpningsområdet för bilaga II B till direktiv 2004/18.

¹²⁸ Dom av den 22 oktober 2015, Grupo Hospitalario Quirón (C-552/13, EU:C:2015:713, punkt 28).

¹²⁹ Ibidem, punkterna 29–33.

¹³⁰ Ett liknande kriterium föreskrivs i artikel 64.3 a i lag 5/1997.

kriteriet i fråga i förevarande mål liknar det som behandlades i målet Grupo Hospitalario Quirón. Detta kriterium utgör en ”geografisk begränsning av utförandet”,¹³¹ eftersom det innebär att anbudsgivare som inte kan tillhandahålla de aktuella tjänsterna i en inrättning som ligger i en viss kommun missgynnas, oberoende av om de eventuellt uppfyller de övriga villkoren i förfrågningsunderlagen och de tekniska specifikationerna för nämnda kontrakt.

140. Min uppfattning är därför att det urvalskriterium som är i i fråga i det nationella målet föranleder en skillnad i behandlingen mellan enheter som uppfyller kravet och dem som inte gör det. Såvida inte dessa två kategorier inte är i en objektivt jämförbar situation eller skillnaden i behandling är sakligt motiverad står detta krav i strid med principen om likabehandling som gäller för tilldelning av offentliga tjänstekontrakt enligt artikel 76 i direktiv 2014/24.

141. Beträffande frågan huruvida dessa två grupper av eventuella anbudsgivare är i en objektivt jämförbar situation förefaller detta vara fallet förutsatt att deras förmåga att tillhandahålla de sociala tjänsterna i fråga är densamma såvitt gäller kvalitet och kostnad. Under förutsättning av detta förbehåll, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera, har jag därför uppfattningen att ett sådant krav behandlar objektivt jämförbara situationer olika.

142. Beträffande motiveringen finns inget i vare sig den nationella lagstiftningen i fråga eller i de uppgifter som tillhandahållits domstolen som antyder någon motivering för det ifrågavarande urvalskriteriet. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen i sista hand att fastställa huruvida detta faktiskt är fallet.

2. Urvalskriteriets förenlighet med tjänstedirektivet

143. Domstolen har fått frågan huruvida urvalskriteriet för ingående av de aktuella avtalen i fråga om samordnat agerande är förenligt med tjänstedirektivet.

144. Inledningsvis måste det bestämmas huruvida de sociala tjänsterna i fråga omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv.

145. I detta avseende undantar artikel 2.2 j i tjänstedirektivet jämförd med skäl 27 däri uttryckligt från detta direktivs tillämpningsområde ”sociala tjänster som rör subventionerat boende, barnomsorg och stöd till permanent eller tillfälligt behövande familjer och enskilda, som tillhandahålls av staten, tjänsteleverantörer på uppdrag av staten eller av staten erkända välgörenhetsorganisationer”.

146. Skäl 27 förklarar att ett sådant undantags syfte är att säkerställa ”stöd till personer som tillfälligt eller permanent är särskilt behövande på grund av otillräckliga inkomster i familjen eller på grund av att de, helt eller delvis befinner sig i beroendeställning och till personer som riskerar att bli marginaliserade”. Detta skäl tillägger att dessa ”tjänster är nödvändiga för att garantera den grundläggande rätten till mänsklig värdighet och integritet och är ett uttryck för principerna om social sammanhållning och solidaritet och bör inte påverkas av [tjänstedirektivet]”.

¹³¹ Dom av den 22 oktober 2015 (C-552/13, EU:C:2015:713, punkt 29).

147. Jag måste framhålla att domstolen har gett begreppet ”sociala tjänster” i artikel 2.2 j i tjänstedirektivet en dubbelsidig innebörd. I sin dom i målet Femarbel förklarade domstolen att endast tjänster som uppfyller två kumulativa villkor omfattas av det undantag som fastläggs i denna bestämmelse. Det första villkoret avser vilken typ av tjänster som tillhandahålls medan det andra villkoret avser tjänsteleverantörens ställning.¹³²

148. För att uppfylla det första villkoret ska verksamheterna i fråga vara ”nödvändiga för att garantera den grundläggande rätten till mänsklig värdighet och integritet” och ”ett uttryck för principerna om social sammanhållning och solidaritet”.¹³³ I detta mål förklarade domstolen att den nationella domstolen skulle fastställa huruvida nämnda verksamheter verkligen är av social karaktär, i den mån de syftar till att erbjuda berörda personer ”hjälp och omsorg utifrån deras behov” följt av ett särskilt motivations- och aktivitetsprogram, eller den behövliga hjälp som ”deras närmaste inte kan ge dem kontinuerligt”.

149. Som nämnts tidigare i detta förslag till avgörande förtecknar bilagan till dekret 181/2017 ett brett urval av sociala tjänster som kan vara olika beroende på deras karaktär och den grupp av personer som nyttjar dessa tjänster.¹³⁴ Alla dessa tjänster förefaller emellertid ha det gemensamma syftet att bistå behövande personer och ge dem vård. Därför har jag uppfattningen att dessa tjänster förefaller uppfylla det första villkoret som domstolen ställt i målet Femarbel.¹³⁵

150. Beträffande det andra villkoret förklarade domstolen i målet Femarbel att sociala tjänster kan utföras av staten själv, av en av staten erkänd hjälpporganisation eller av en privat tjänsteleverantör vilken agerar på uppdrag av staten.¹³⁶ Mot bakgrund av en sådan vid definition av personkretsen som domstolen ger kan de enheter som tillhandahåller tjänsterna enligt avtalen i fråga om samordnat agerande, som är organisationer utan vinstsyfte, omfattas av tillämpningsområdet för artikel 2.2 j i tjänstedirektivet, vilket ankommer på den nationella domstolen att avgöra.

151. Min uppfattning är följaktligen att tjänstedirektivet inte är tillämpligt på de sociala tjänster som behandlas i dekret 181/2017, eftersom dessa tjänster enligt artikel 2.2 j i detta direktiv uttryckligen undantas från detta direktivs tillämpningsområde.

3. Urvalskriteriets förenlighet med de grundläggande friheterna

152. Beträffande ifrågavarande urvalskriteriums förenlighet med de grundläggande friheterna förefaller som jag redan har förklarat i detta förslag till avgörande avtalen i fråga om samordnat agerande å ena sidan omfattas av tillämpningsområdet för etableringsfriheten som fastställs i artikel 49 FEUF snarare än friheten att tillhandahålla tjänster som fastställs i artikel 56 FEUF.¹³⁷ Oaktat förhållandet att den tredje tolkningsfrågan från den nationella domstolen avser båda

¹³² Dom av den 11 juli 2013 (C-57/12, EU:C:2013:517, punkt 42).

¹³³ Ibidem, punkt 43, som hänvisar till Handbok om genomförande av tjänstedirektivet, Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, 2007.

¹³⁴ Se punkt 56 ovan.

¹³⁵ Dom av den 11 juli 2013 (C-57/12, EU:C:2013:517).

¹³⁶ Ibidem, punkt 44. I detta avseende förklarade domstolen att den nationella domstolen skulle avgöra huruvida det var fråga om en rättsakt från en offentlig myndighet som på ett klart och tydligt sätt ålägger dem som driver dagcentra och övernattningscentra en reell skyldighet att, med iakttagande av vissa specifika verksamhetsregler, tillhandahålla sådana tjänster och om ett sådant tillstånd i så fall kan anses utgöra en uppdragsbeskrivning i den mening som avses i artikel 2.2 j i tjänstedirektivet (dom av den 11 juli 2013, Femarbel C-57/12, EU:C:2013:517, punkt 52).

¹³⁷ Se punkterna 42 och 43 ovan.

dessa friheter anser jag därför att det svar som ges ska vara begränsat till den förstnämnda friheten. Å andra sidan är det värt att påpeka att artikel 49 FEUF är tillämplig endast om dessa avtal om samordnat agerande har en gränsöverskridande dimension.¹³⁸

153. Beträffande etableringsfriheten kan ett urvalskriterium som det som anges i artikel 15.1 a i dekret 181/2017 göra det svårare eller mindre attraktivt att utöva etableringsfriheten.¹³⁹ I detta avseende bör det framhållas att domstolen har förklarat att nationell lagstiftning som hindrar enheter från att kunna bedriva en självständig ekonomisk verksamhet på den plats som de valt utgör en inskränkning.¹⁴⁰ I förevarande mål kan omständigheten att etablera sig i regionen Valencia medföra ekonomiska konsekvenser och administrativa bördor för de enheter som har utövat denna grundläggande frihet.¹⁴¹ Detta skulle vara fallet för exempelvis en enhet som är etablerad i en annan medlemsstat än Spanien och som har upprättat en sekundär etablering i den medlemsstaten men utanför regionen Valencia. Följaktligen är min slutsats att kravet i fråga utgör en inskränkning i etableringsfriheten i den mening som avses i artikel 49 FEUF.

154. Det kan emellertid vara motiverat om det eftersträvar mål som erkänns som giltiga i unionsrätten och är förenligt med proportionalitetsprincipen.¹⁴²

155. I förevarande mål anser jag att de skäl som jag angett i punkt 142 i detta förslag till avgörande rörande motiveringen för åsidosättande av principen om likabehandling enligt artikel 76 i direktiv 2014/24 är tillämpliga med vederbörliga ändringar. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att genomföra en bedömning av huruvida kriteriet i fråga eftersträvar ett giltigt mål som erkänns i unionsrätten, är lämpligt för att säkerställa att detta mål uppnås och inte går utöver vad som krävs för att uppnå det.

156. Till sist vill jag, för fullständighetens skull, och tvärtemot svarandens och den spanska regeringens påståenden, understryka att ordalydelsen i artikel 1 andra strecksatsen i protokoll nr 26 till FEUF inte har någon betydelse för frågan huruvida urvalskriteriet som anges i artikel 15.1 a i dekret 181/2017 är förenligt med etableringsfriheten. Detta beror på att de värden som detta protokoll avser skydda inte återspeglas i det aktuella urvalskriteriet. Ett sådant kriterium, som är enbart geografiskt, kan inte förklaras med behovet att säkerställa ”mångfalden av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till”. Jag anser därför att artikel 1 andra strecksatsen i protokoll nr 26 till FEUF inte kan åberopas för att motivera geografiska inskränkningar i de grundläggande friheterna.

157. Slutsatsen är att om förekomst av en gränsöverskridande dimension skulle visas med avseende på avtalen i fråga om samordnat agerande utgör artikel 76 i direktiv 2014/24 och artikel 49 FEUF hinder för ett urvalskriterium för ingåendet av avtalen i fråga om samordnat

¹³⁸ Se punkt 128 ovan.

¹³⁹ Se, till exempel, dom av den 5 februari 2015, kommissionen/Belgien (C-317/14, EU:C:2015:63, punkt 22) och dom av den 20 december 2017, Simma Federspiel (C-419/16, EU:C:2017:997, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

¹⁴⁰ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 juni 2010, Blanco Pérez och Chao Gómez (C-570/07 och C-571/07, EU:C:2010:300, punkt 53 och där angiven rättspraxis).

¹⁴¹ Se, analogt, dom av den 27 februari 2020, kommissionen/Belgien (Bokförare), C-384/18, EU:C:2020:124, punkt 76.

¹⁴² Dom av den 27 oktober 2005, kommissionen/Spanien (C-158/03, ej publicerad, EU:C:2005:642, punkt 70) och dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 41). Domstolen förklarade mer specifikt att grundläggande friheter utgör hinder för ett urvalskriterium som belönar, genom tilldelning av tilläggspoäng, anläggningens närhet till den plats där tjänsterna tillhandahålls, i den mån dessa villkor tillämpas på ett diskriminerande sätt, inte motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, inte är ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås eller går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål, vilket det ankommer på den nationella domstolen att undersöka (dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl., C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 79).

agerande enligt vilket de upphandlande myndigheterna får fästa vikt vid att eventuella anbudsgivare avseende tillhandahållande av de sociala tjänsterna i fråga är etablerade på den plats där dessa tjänster ska tillhandahållas såvida inte detta kriterium eftersträvar ett giltigt mål som erkänns i unionsrätten, är lämpligt för att säkerställa att målet uppnås och inte går utöver vad som krävs för att uppnå det, vilket ankommer på den hänskjutande domstolen att säkerställa.

IV. Förslag till avgörande

158. Jag föreslår att domstolen ger följande svar på de frågor som ställts av Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Överdomstolen i regionen Valencia, Spanien) för förhandsavgörande:

Artiklarna 74–76 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och artikel 49 FEUF ska tolkas på det sättet att de inte utgör hinder för nationell lagstiftning som tillåter offentlig myndighet att utan att uppfylla kraven på förfarandet enligt unionsrätten ingå ett offentligt kontrakt enligt vilket denna myndighet endast till enheter utan vinstsyfte anförtror tillhandahållandet av vissa sociala tjänster mot ersättning för de kostnader som dessa enheter ådrar sig, förutsatt att bestämmelserna i lagstiftningen är förenliga med principerna om likabehandling och proportionalitet, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att avgöra.

Artikel 75.1 i direktiv 2014/24 ska tolkas på det sättet att den utgör hinder för nationell lagstiftning som föreskriver att meddelanden om upphandling endast ska offentliggöras i den regionala officiella tidningen.

Artikel 76 i direktiv 2014/24 och artikel 49 FEUF utgör hinder för nationell lagstiftning som föreskriver ett urvalskriterium för ingåendet av avtalen i fråga om samordnat agerande enligt vilket de upphandlande myndigheterna får fästa vikt vid den omständigheten att eventuella anbudsgivare avseende tillhandahållande av de sociala tjänsterna i fråga är etablerade på den plats där dessa tjänster ska tillhandahållas såvida inte detta kriterium eftersträvar ett giltigt mål som erkänns i unionsrätten, är lämpligt för att säkerställa att målet uppnås och inte går utöver vad som krävs för att uppnå det, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att säkerställa.